

09

**UN APORTE  
PARA LA ENSEÑANZA  
DEL DERECHO PRIVADO**

**Gabriel Limodio**

PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA PROFESORES UNIVERSITARIOS



**Editorial de la Universidad Católica Argentina**



**UN APORTE PARA LA ENSEÑANZA  
DEL DERECHO PRIVADO**



**GABRIEL LIMODIO**

**UN APORTE PARA  
LA ENSEÑANZA DEL  
DERECHO PRIVADO**



Editorial de la Universidad Católica Argentina

Limodio, Gabriel

Un aporte para la enseñanza del Derecho privado / Gabriel Limodio. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Educa, 2025.

Libro digital, PDF - (Programa de Formación para Profesores Universitarios ; 9)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-620-617-4

1. Derecho. 2. Derecho Civil. 3. Formación Docente. I. Título.  
CDD 340.07



**EDITORIAL  
DE LA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • [educa@uca.edu.ar](mailto:educa@uca.edu.ar)  
Buenos Aires, junio de 2025

ISBN: 978-987-620-617-4

## PRIMERA PARTE

En el marco del Programa de Formación Docente, se ha generado un espacio para hacer referencia a la fundación de la Universidad, y se ha explicado que en verdad se plasmó una primera casa de estudios en el año 1910, sin perjuicio de que por los avatares que luego se mencionarán, la misma dejó de funcionar en una década.

El comentario que se hace no es menor porque se explica como una referencia sobre el laicismo imperante en un determinado momento de la historia argentina que se ubica principalmente a fines del siglo XIX, y una respuesta ante esa manera de concebir a la sociedad.

Es del caso recordar una frase del Papa Francisco, en un reportaje a la revista belga *Tertio*, cuando dice que “el laicismo es una postura anticuada que hemos heredado de la Ilustración, el tema va más allá (...) cierra las puertas a una doble trascendencia, hacia los demás y sobre todo hacia Dios. La apertura a la trascendencia forma parte de la esencia humana, por lo tanto, el sistema político que no respeta la apertura a la trascendencia de la persona humana, la poda, la corta (...)”<sup>1</sup>.

A partir de esta frase, y del agudo análisis de Methol Ferré, pueden extraerse una serie de conclusiones. La frase a la que se hace referencia puede derivarse a un momento singular de la historia argentina que tiene que ver con la consolidación del modelo laicista que alcanza su pico más alto sobre fines del siglo XIX, y que en el marco de la legislación puede asociarse al dictado de ciertas leyes, como la de la enseñanza laica (1420) y de matrimonio civil (2393). A partir de allí, corresponde referirse a una explicación que brinda el autor uruguayo cuando analiza que, mediante la aparición de los dis-

1. S.S. Francisco, Reportaje revista *Tertio*, Bruselas, 8 de noviembre de 2016.

tintos gobiernos independientes en la América Latina de principios del siglo XX, y de forma consciente o no, la expresión religiosa pasa a tener un segundo plano, lo cual por otra parte se ve evidenciado con la firme intención de generar un proyecto claramente laicista.

Este modelo no solamente atañe a nuestra nación, sino que distintos arzobispos y obispos del continente también habían llevado su inquietud al Papa León XIII ante la preocupación de la expansión del laicismo, lo cual generó la convocatoria al Concilio Plenario Latinoamericano, siendo esta oportunidad, según relata Methol, la primera vez que se utilizaba dicho calificativo<sup>2</sup>.

A partir de este hecho histórico, desde la centralidad de la Iglesia se analiza la situación de nuestro continente y se advierte la necesidad de acompañar la piedad popular, que se había mantenido más allá de los gobiernos laicistas, pero necesitaba de una manifestación pública.

Sin perjuicio de que el tema merece un mayor análisis, alcanza para entender el momento en el cual la Iglesia Católica en la Argentina decide recuperar una presencia pública, y de alguna manera mostrarse con mayor intensidad en la escena social y política, llamando la atención sobre el proyecto laicista.

A este respecto basta con recordar los intentos, dentro de la denominada “generación del ochenta”, de los pensadores católicos que se opusieron a la denominadas leyes laicas (en verdad, laicistas), para conocer después ciertas advertencias, como la que produjo el entonces Arzobispo de Buenos Aires Monseñor Bottaro, quien en su mensaje al inicio de la Cuaresma del año 1928 señala la preocupación que genera el laicismo, y resulta interesante el análisis que tal pronunciamiento ha generado en su momento en la Revista *Criterio*, en un artículo publicado por Tomás Cullen, que data de ese mismo año y que vale la pena transcribir en alguna de sus partes: “Ha tenido un singular acierto nuestro venerado Arzobispo, Monseñor Bottaro, en la elección del tema de su primera y última pastorales, sobre la Paz Cristiana y la Enseñanza Religiosa, que se complementan en sus propósitos fundamentales de consolidar el bienestar social por la elevación moral de las almas (...) restablecida la paz social y reinando la armonía entre Iglesia y el Estado, era llegado el momento de encarar problemas que afectaban la vida argentina, en sus raíces más

2. Methol Ferré, Alberto - Metalli, Alver, *La América Latina del siglo XXI*, Avellaneda, Ensayo Edhesa, 2006, p. 49.

profundas, y que en una acción amistosa y solidaria de ambos poderes podían resolver consultando los verdaderos intereses y anhelos del espíritu nacional. No existe seguramente ninguna cuestión que supere en importancia y trascendencia a la que comporta la adecuada orientación de la educación de la juventud, de la que depende el porvenir venturoso o la ruina moral de los pueblos (...)”<sup>3</sup>.

En lo que hace específicamente a la vida universitaria, resulta sencillo entender que una manera de adquirir una seria presencia en el ámbito profesional, sin duda, era contar con una Universidad que reflejara el aporte de las enseñanzas de la Iglesia en la formación de aquellos que accedían al momento de los estudios superiores.

Puntualmente, la aparición de una Universidad fundada por la Iglesia era permitir esta simbiosis entre fe y razón, lo cual, por otra parte, se correspondía con siglos de enseñanza de la fe católica. Ello no implicaba de ninguna manera interferir con la enseñanza pública, sino ofrecer una alternativa, la cual se condecía con lo que sucedía en otros lugares del planeta.

Por otra parte, esta posibilidad de permitir a la Iglesia y a otras instituciones religiosas tener una adecuada representación en la sociedad civil no es distinta a la doctrina que siempre se ha sostenido a partir de una adecuada colaboración en el ámbito de dicha sociedad entre el poder político y la Iglesia. A este respecto resulta interesante reseñar lo que sostiene el trabajo del profesor Precht Pizarro<sup>4</sup>, en el cual queda visible que la doctrina pontificia ha sido siempre clara.

A partir de la investigación de dicho autor, es del caso reproducir algunas de las intervenciones de los pontífices en situaciones que pueden arrojar una acabada idea de aquello a lo que se está haciendo referencia.

Por ejemplo, S.S. Gregorio XVI (1831 - 1846), Encíclica *Mirari Vos*: “Las mayores desgracias vendrían sobre la religión y sobre las naciones si se cumplieran los deseos de quienes pretenden la separación de la Iglesia y el Estado, y se rompieran la concordia entre el sacerdocio y el poder civil”.

3. Cullen, Tomás Rufino, “La Pastoral sobre la enseñanza religiosa”, en *Criterio* del 8 de marzo de 1928, año I, Tomo I, número 1, p. 16 de la pertinente colección.

4. Precht Pizarro, Jorge Enrique, *Hacia una laicidad compartida. El pensamiento pontificio sobre laicidad y laicismo de Gregorio XVI al Papa Francisco*, Ediciones Universidad Católica de Chile, agosto 2017.

S.S. Pío IX (1846 - 1878), Encíclica *Qui Pluribus*: “Inculcad al pueblo cristiano la obediencia y sujeción debida a los príncipes y poderes constituidos, enseñando conforme a la doctrina del Apóstol que toda potestad viene de Dios, y los que no obedecen al poder constituido resisten a la ordenación de Dios y se atraen su propia condenación, y que, por lo mismo, el precepto de obedecer a esa potestad no puede ser violado por nadie sin falta a no ser que mande algo contra la ley de Dios y de la Iglesia”.

S.S. León XIII (1878 - 1903), Encíclica *Annum Ingressi Sumus*, 19 de marzo de 1902: “La Iglesia sabe y enseña que su divino fundador mandó a dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios, sancionando de esta manera la distinción inmutable y perpetua de los dos poderes, ambos supremos en sus órdenes respectivos, distinción fecunda, que tanta parte tuvo en el desarrollo de la civilización cristiana”.

S.S. Benedicto XV (1914 - 1922), *In Hac Quidem*, Alocución consistorial: “Nadie puede negar que la colaboración de la Iglesia y el Estado es extraordinariamente útil para la tranquilidad y el orden público que es el fundamento de todos los demás bienes”.

S.S. Pío XII (1939 - 1958), Carta Encíclica *Summi Pontificatus*: “El que considera el Estado como fin al que hay que dirigirlo todo y al que hay que subordinarlo todo, no puede dejar de dañar y de impedir la auténtica y estable prosperidad de las naciones. Esto sucede lo mismo en el supuesto de que esta soberanía ilimitada se atribuya al Estado como mandatario de la Nación, del pueblo o de una clase social, que en el supuesto de que el Estado se apropie por sí mismo de esa soberanía, como dueño absoluto y totalmente independientes”.

*Alocución pronunciada a los habitantes de la región de las Marcas residentes en Roma*: “Hay gentes en Italia que se agitan porque temen que el cristianismo le quite al César lo que es del César. Como si dar al César lo que le pertenece no fuera un mandamiento de Jesús; como si la legítima y sana laicidad del Estado no fuera uno de los principios de la doctrina católica, como si no fuera una tradición de la Iglesia, esforzada continuamente en mantener distintos, pero también siempre unidos, según los justos principios, los poderes; como si la mezcla entre lo sagrado y lo profano no fuere más fervientemente verificada en la materia cuando una porción de fieles se ha separado de la Iglesia”.

San Juan XXIII (1958 - 1963), Encíclica *Mater et Magistra* sobre el reciente desarrollo de la cuestión social, a la luz de la doctrina cristiana: “Ahora bien, la Iglesia, al ganar a los pueblos para

Cristo, contribuye necesariamente a su bienestar temporal, así en el orden económico como en el campo de las relaciones sociales. La historia de los tiempos pasados y de nuestra propia época demuestran con plenitud esta eficacia. Todos los que profesan en público el cristianismo aceptan y prometen contribuir personalmente al perfeccionamiento de las instituciones civiles y esforzarse para todos los medios posibles para que no solo no sufra deformación alguna la dignidad humana, sino que además se superen los obstáculos de toda clase y se promuevan aquellos medios que conducen y estimulan a la bondad moral y a la virtud”. “Más aún, la Iglesia, una vez que ha inyectado en las venas de un pueblo su propia vitalidad, no es ni se siente como una institución impuesta desde fuera a dicho pueblo. Esto se debe al hecho de que su presencia se manifiesta en el renacer o resucitar de cada hombre en Cristo: ahora bien, quien renace o resucita en Cristo no se siente coaccionado jamás por presión exterior alguna; todo lo contrario, al sentir que ha logrado la libertad perfecta, se encamina hacia Dios con el ímpetu de su libertad, y de esta manera se consolida y ennoblece cuanto en él hay de auténtico bien moral”. Encíclica *Pacem in Terris*: “Entre los derechos del hombre se debe enumerar también el de poder venerar a Dios, según la recta norma de su conciencia, y profesar la religión en privado y en público. Porque, como bien enseña Lactancio, para esto nacemos, para ofrecer a Dios, que nos crea, el justo y debido homenaje; para buscarle a él solo, para seguirle. Este es el vínculo de piedad que a él nos somete y nos liga, y del cual deriva el nombre mismo de religión. A propósito de este punto, nuestro predecesor, de inmortal memoria, León XIII, afirma: Esta libertad, la libertad verdadera, digna de los hijos de Dios, que protege tan gloriosamente la dignidad de la persona humana, está por encima de toda violencia y de toda opresión y ha sido siempre el objeto de los deseos y del amor de la Iglesia. Esta es la libertad que reivindicaron constantemente para sí los apóstoles, la que consagraron con su sangre los innumerables mártires cristianos”. “El derecho de mandar constituye una exigencia del orden espiritual y dimana de Dios. Por ello, si los gobernantes promulgan una ley o dictan una disposición cualquiera contraria a ese orden espiritual y, por consiguiente, opuesta a la voluntad de Dios, en tal caso ni la ley promulgada ni la disposición dictada pueden obligar en conciencia al ciudadano, ya que es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres; más aún, en semejante situación la propia autoridad se desmorona por completo y se origina una iniquidad espantosa. Así la enseña Santo Tomás: En cuanto a lo segundo, la ley humana tiene

razón de ley solo en cuanto se ajusta a la recta razón. Y así considerada, es manifiesto que procede de la ley externa. Pero, en cuanto se aparta de la recta razón, es una ley injusta, y así no tiene carácter de ley, sino más bien de violencia. Se requiere, finalmente, que se definan de modo específico los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones con las autoridades y que se prescriba de forma clara como misión principal de las autoridades el conocimiento, respecto, acuerdo mutuo, tutela y desarrollo continuo de los derechos y deberes del hombre”. “Sin embargo, no puede aceptarse la doctrina de quienes afirman que la voluntad de cada individuo o de ciertos grupos es la fuente primaria y única de donde brotan los derechos y deberes del ciudadano y de donde proviene la fuerza obligatoria de la constitución política y nace, finalmente, el poder de los gobernantes del Estado para mandar”. “No obstante, estas tendencias de que hemos hablado constituyen también un testimonio indudable de que en nuestro tiempo los hombres van adquiriendo una conciencia cada vez más viva de su propia dignidad y se sienten, por tanto, estimulados a intervenir en la vida pública y a exigir que sus derechos personales e inviolables se defiendan en la constitución política del país. No basta con esto, los hombres exigen hoy además que las autoridades se nombren de acuerdo a las normas constitucionales y ejerzan sus funciones dentro de los términos establecidos por las mismas”.

San Paulo VI (1963 - 1978): “Como es claro, las relaciones entre la Iglesia y el mundo pueden revestir muchos y diversos aspectos entre sí. Teóricamente hablando, la Iglesia podría proponerse reducir al mínimo tales relaciones, tratando de liberarse de la sociedad profana; como podría también proponerse apartar los males que en ésta puedan encontrarse, anatematizándolos y promoviendo cruzadas en contra de ellos; podría, por lo contrario, acercarse tanto a la sociedad profana que tratase de alcanzar un influjo preponderante y aun ejercitar un dominio teocrático sobre ella; y así de muchas otras maneras. Pero nos parece que la relación entre la Iglesia y el mundo sin cerrar el camino a otras formas legítimas puede representarse mejor por un diálogo, que no siempre podrá ser uniforme, sino adaptado a la índole del interlocutor y a las circunstancias de hecho existente; una cosa, en efecto, es el diálogo con un niño y otra con un adulto; una cosa es con un creyente y otra con uno que no cree”. “El naturalismo amenaza vaciar la concepción original del cristianismo; el relativismo, que todo lo justifica y todo lo califica como de igual valor, atenta al carácter absoluto de los principios cristianos; la costumbre de suprimir, la costumbre de excluir todo esfuerzo, toda

molestia de la práctica ordinaria de la vida, acusa de inutilidad fastidiosa a la disciplina y a la ascesis cristiana; más aún, a veces el deseo apostólico de acercarse a los ambientes profanos o de hacerse acoger por los espíritus modernos –de los juveniles especialmente– se traduce en una renuncia a las formas propias de la vida cristiana y a aquel mismo estilo de conducta que debe dar a tal urgencia de acercamiento y de influjo educativo su sentido y su vigor”.

San Juan Pablo II (1978 - 2005): “No serían respetadas estas libertades, ni en la letra ni en el espíritu, si prevaleciese la tendencia a atribuir al Estado a las otras expresiones territoriales del poder público una función centralizadora y exclusivista de organización y gestión directa de los servicios, o de rígidos controles que acabaría con desnaturalizar su legítima función propia de promoción, de impulso, de integración y también –si es necesario– de suplencia de las iniciativas de las libres instituciones sociales, según el principio de subsidiaridad”. Discurso al cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede: “Es verdad que la sociedad civil no coincide con la sociedad religiosa, y que las dos misiones, la de la Iglesia y la del Estado, deben mantenerse netamente diferenciadas. Pero es verdad también que la Iglesia y el Estado están ordenados al bien –espiritual, por una parte; temporal, por otra– de las personas humanas y que el diálogo mutuo, respetuoso y leal, no solo no perturba a la sociedad, sino que la enriquece”.

La libertad religiosa, condición para la pacífica convivencia. Mensaje para la celebración de la XXI Jornada mundial de la paz: “El derecho civil y social a la libertad religiosa, en la medida en que alcanza el ámbito más íntimo del espíritu, se revela un punto de referencia y, en cierto modo, llega a ser parámetro de los demás derechos fundamentales. En efecto, se trata de respetar el ámbito más reservado de autonomía de la persona, permitiéndole que pueda actuar según el dictado de su conciencia, tanto en las opciones privadas como en la vida social. El Estado no puede reivindicar una competencia, directa o indirecta, sobre las convicciones íntimas de las personas. No puede arrogarse el derecho de imponer o impedir la profesión y la práctica pública de la religión de una persona o de una comunidad. En esta materia es un deber de las autoridades civiles asegurar que los derechos de los individuos y de las comunidades sean igualmente respetados y, al mismo tiempo, que se salvaguarde el justo orden público”. Encíclica *Centesimus Annus*. En el Centenario de la *Rerum Novarum*, 1º de mayo de 1991: “La raíz del totalitarismo moderno hay que verla, por lo tanto, en la negociación de la

dignidad trascendente de la persona humana, imagen visible de Dios invisible, y, precisamente por esto, sujeto natural de derechos que nadie puede violar: ni el individuo, el grupo o la clase social, ni la nación o el Estado. No puede hacerlo tampoco la mayoría del cuerpo social, poniéndose en contra de la minoría, marginándola, oprimiéndola, explotándola o incluso intentando destruirla”.

“La cultura y la praxis del totalitarismo comportan, además, la negación de la Iglesia. El Estado, o bien el partido, que cree poder realizar en la historia el bien absoluto y se erige por encima de todos los valores, no puede tolerar que se sostenga un criterio objetivo del bien o del mal, por encima de la voluntad de los gobernantes, y que, en determinadas circunstancias, puede servir para juzgar su comportamiento. Esto explica por qué el totalitarismo trata de destruir la Iglesia o, al menos, someterla, convirtiéndola en un instrumento del propio aparato ideológico (...)”.

“Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana (...) Hoy se tiende a afirmar que el agnosticismo y el relativismo escéptico son la filosofía y la actitud fundamental correspondiente a las formas políticas democráticas, y que cuantos están convencidos de conocer y se adhieran a ella con firmeza no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos. A este propósito, hay que afirmar que, si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines del poder. Una democracia sin principios se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como lo demuestra la historia”.

“La Iglesia tampoco cierra los ojos ante el peligro del fanatismo o fundamentalismo de quienes, en nombre de una ideología con pretensiones de científica o religiosa, creen que pueden imponer a los demás hombres su concepción de la verdad y del bien. No es de esta índole la verdad cristiana. Al no ser ideológica, la fe cristiana no pretende encuadrar en un rígido esquema la cambiante realidad sociopolítica y reconoce que la vida del hombre se desarrolla en la historia en condiciones diversas y no perfectas. La Iglesia, por tanto, al ratificar constantemente la trascendente dignidad de la persona, utiliza como método propio el respeto de la libertad”.

S.S. Benedicto XVI (2005 - 2013), Discurso al embajador de México ante la Santa Sede: “(...) un Estado democrático laico es

aquel que protege la práctica religiosa de sus ciudadanos, sin preferencias ni rechazos. Por otra parte, la Iglesia considera que en las sociedades modernas y democráticas puede y debe haber plena libertad religiosa. En un estado laico son los ciudadanos quienes, en el ejercicio de su libertad, dan un determinado sentido religioso a la vida social” (23 de setiembre de 2005). En similar sentido: “La Iglesia no puede ni debe emprender por cuenta propia la empresa política de realizar la sociedad más justa posible. No puede ni debe sustituir al Estado. Pero tampoco puede ni debe quedarse al margen en la lucha por la justicia. Debe insertarse en ella a través de la argumentación racional y debe despertar las fuerzas espirituales, sin las cuales la justicia, que siempre exige también renunciaciones, no puede afirmarse ni prosperar. La sociedad justa no puede ser obra de la Iglesia, sino de la política. No obstante, le interesa sobremedida trabajar por la justicia esforzándose por abrir la inteligencia y la voluntad a las exigencias del bien” (*Deus Caritas Est* Nro. 28). En otro texto: “Por otra parte, la sana laicidad implica que el Estado no considere la religión como un simple sentimiento individual que se podría confinar al ámbito privado. Al contrario, la religión, al estar organizada también en estructura visible, como sucede con la Iglesia, se ha de reconocer como presencia comunitaria pública. Esto supone, además, que a cada confesión religiosa (con tal de que no esté en contraste con el orden moral y no sea peligrosa para el orden público) se le garantice el libre ejercicio de las actividades de culto —espirituales, culturales, educativas y caritativas— de la comunidad de creyentes” (Discurso a los participantes en el Congreso Nacional promovido por la Unión de Juristas Católicos Italianos del 9 de diciembre de 2006).

En el mismo sentido: “(...) el cristianismo no debe ser relegado al mundo del mito y la emoción, sino que debe ser respetado por su deseo de iluminar la verdad sobre el hombre, de transformarse espiritualmente a hombres y mujeres, permitiéndoles así realizar su vocación en la historia” (Discurso a los participantes en el Encuentro Europeo de Profesores Universitarios, 23 de junio de 2007).

A este respecto, basta con una cita, entre tantas que se pueden formular, expresada por S.S. Francisco en la Exhortación *Evangelii Gaudium*: “(...) el proceso de secularización tiende a reducir la fe y la Iglesia al ámbito de lo privado y de lo íntimo, además, al negar toda trascendencia, ha producido una creciente deformación ética, un debilitamiento del sentido del pecado personal y social y un progresivo aumento del relativismo, que ocasionan una desorientación

generalizada, especialmente en la etapa de la adolescencia y la juventud, tan vulnerable a los cambios (...) A pesar de toda la corriente secularista que invade las sociedades, en muchos países –aún donde el cristianismo es minoría– la Iglesia Católica es una institución creíble ante la opinión pública, confiable en lo que respecta al ámbito de la solidaridad y de la preocupación por los más carenciados. En repetidas ocasiones ha servido de mediadora en favor de la solución de problemas que afectan a la paz, la concordia, la tierra, la defensa de la vida, los derechos humanos y ciudadanos, etc. ¡Y cuánto aportan las escuelas y universidades católicas en todo el mundo! Es bueno que así sea pero nos cuesta mostrar que, cuando planteamos otras cuestiones que despiertan menor aceptación pública, lo hacemos por fidelidad a las mismas convicciones sobre la dignidad humana y el bien común”<sup>5</sup>.

En suma, los textos que se fueron citando demuestran con claridad cuál es la posición de la Iglesia Católica respecto a la sana convivencia del poder político con la perspectiva religiosa que cada ciudadano tiene derecho a transitar. Y desde esta última perspectiva es que se inserta la vida de la Universidad. A este respecto nunca hay que olvidar que la institución que nos ocupa ha nacido del corazón de la Iglesia.

Solamente basta con citar los primeros párrafos de la Constitución *Ex Corde Ecclesiae* de San Juan Pablo II para tomar conciencia: “Nacida del corazón de la Iglesia, la Universidad Católica se inserta en el curso de la tradición que remonta al origen mismo de la Universidad como institución, y se ha revelado siempre como un centro incomparable de creatividad y de irradiación del saber para el bien de la humanidad. Por su vocación (...) se consagra a la investigación, a la enseñanza y a la formación de los estudiantes, libremente reunidos con sus maestros, animados todos por el mismo amor al saber”<sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva cuesta creer que se pueda privar a la Iglesia, como a otras confesiones y otros particulares, de la posibilidad de enseñar públicamente en el ámbito de los saberes superiores; continuando con la obra citada: “La Universidad Católica, por el encuentro que establece entre la insondable riqueza del mensaje salvífico del

5. S.S. Francisco, Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium* Nros. 64 y 65.

6. San Juan Pablo II, Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae*. Introducción.

Evangelio y la pluralidad e infinidad de campos del saber en los que la encarna, permite a la Iglesia establecer un diálogo de fecundidad incomparable con todos los hombres de cualquier cultura (...)”<sup>7</sup>.

En su reciente visita a nuestra Universidad, el Prefecto del Dicasterio para la Cultura y la Educación, cardenal José Tolentino de Mendonca, recordaba: “(...) en este mundo fragmentado y disperso, ¿cuál es la tarea de nuestras universidades y de sus proyectos de conocimiento, sino explicar activamente razones para la esperanza, convertirse en maestros del sesgo humanista y cristiano? No cabe duda de que el futuro exige una visión humana integrada y esperanzada en la que el conocimiento, la educación y la cultura tengan realmente un lugar operativo. El recurso principal debe ser, una vez más, la persona humana. Es preciso, pues, reforzar una antropología integral que sitúe a la persona humana en el centro de los principales procesos civilizatorios. La principal inversión no puede dejar de ser humana, es decir, la inversión en la capacitación de cada persona para que pueda desarrollar su potencial cognitivo, creativo, espiritual y ético y contribuir así de forma cualificada al bien común”<sup>8</sup>.

Lo dicho hasta aquí pretende, de una manera muy suscita, mencionar aquello que debe tenerse en cuenta para comprender, por una parte, cuál es el marco en el cual debe inscribirse una Universidad Católica y, además, conocer que en el momento histórico de su creación, en la primera década del siglo XX, en nuestro país no se reconoció ese derecho<sup>9</sup>.

7. Ídem anterior Nro. 6.

8. Cardenal José Tolentino de Mendonca, *Lectio Magistralis*, “Hacer de la Universidad un laboratorio para la esperanza”, 22 de agosto de 2024, *Revista Uactualidad* Nro. 182, noviembre-diciembre 2024.

9. No se puede dejar de señalar y recomendar la lectura de una obra clásica en nuestra Universidad, escrita por el Dr. Florencio Hubeňak, *Historia de la Universidad Católica Argentina*, de Editorial Educa, fechada en diciembre de 2016, capítulo 1.



## SEGUNDA PARTE

Esta historia previa a la fundación de la Universidad que hoy conocemos permite discernir el motivo por el cual ya desde su primigenia formación se puso especial énfasis en repensar las distintas áreas del saber desde una perspectiva que no fue la puramente científica ni tampoco aquella nacida de la idea de la modernidad racionalista, descubriendo, asimismo, que existen otras maneras de presentar la cuestión y, a partir de allí, poder aplicarlo a las distintas ramas del saber, lo cual permite que cobre vigencia aquello que se ha dicho sobre la enseñanza universitaria.

Lo cierto, entonces, para dejar explicado, es cómo se puede hacer referencia al tema de cada uno de los saberes que se estudian en la vida universitaria, y de qué manera una mirada desde el pensamiento clásico permite trascender las nociones del iluminismo e incluso del pensamiento posmoderno.

A partir de lo dicho, se puede realizar una suerte de “recorte”, y puntualmente tratar el tema, aunque sea de una manera somera, analizando distintos saberes de aquellos que se han enseñado y se enseñan en nuestra Universidad, de suerte tal que se genere una manera de entender las distintas disciplinas desde una órbita diferente a la cual se estuvo acostumbrado en lo que fue el pensamiento universitario “políticamente correcto”.

Este breve trabajo, en el marco del Programa de Formación Docente, pretende poner foco en la enseñanza del derecho y, puntualmente, a lo que se refiere a la enseñanza del derecho privado, y de qué manera los nuevos modelos de enseñanza pueden hacerse presentes, tratando de recuperar ciertos presupuestos clásicos. Nunca debe olvidarse que se trata de herramientas, en muchos casos muy valiosas, pero que no dejan de ser tales, para de esta manera no permitir que se confunda algo útil con el fondo de la cuestión que se debe transmitir en la docencia y en este ámbito particularmente.

Se ha mencionado la composición “políticamente correcto” como una licencia del lenguaje, pero se ha querido hacer referencia a una forma establecida de pensamiento; parece un lugar común plantear un presupuesto cultural para explicar el estado de la enseñanza en que nos encontramos, pero no por reiteradas ciertas cuestiones son mejor comprendidas.

Nos parece que no puede salirse de la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad, ya que la misma es la que mejor explica que la mirada sobre el derecho haya recibido la influencia de estas dos corrientes que prácticamente ocultaron toda influencia de una visión clásica, por lo cual es necesario hacer una mención a ese momento.

Cabe recordar que se habla aquí de la formación del derecho privado, tal como hoy se lo conoce en su estructura codificada, por lo menos desde la perspectiva de la corriente que integra el plexo de los países denominados continentales, que aceptaron la idea de codificación escrita, a los que también se ha llamado del *civil law* para oponerlo al modelo del *common law*<sup>1</sup>.

También se hace necesario aclarar que a partir del siglo XIX la palabra “código” implica un neologismo, ya que hasta tomar importancia el pensamiento ilustrado, la noción de código implicaba sobre todo una idea de recopilación de la cual la que contó con mayor prestigio fue el código justiniano. Por el contrario, hablar de “codex” a principios del siglo XIX adquiere una connotación mucho menos realista, en cuanto que hace referencia a una creación artificial, donde la noción de derecho se hace equivalente a la idea de ley vigente, y pretende que todo aquello que se equipare a la noción de derecho a partir de ese momento corresponda a una construcción artificial<sup>2</sup>.

De manera más rigurosa puede decirse que el origen de este nuevo modelo de derecho privado debe buscarse en la Ilustración, en la cual se advierte con mayor claridad que se genera un abandono de formatos que se pueden llamar clásicos.

Lo dicho hasta aquí nos permite unirlo a la reflexión general que se viene haciendo acerca de la Modernidad y lo que corresponde aquí es derivarlo a un saber específico como es el jurídico.

1. Carrió, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”, *Revista Lecciones y Ensayos*, año 1957, vol. VI, pp. 27/37.

2. Guzmán Brito, Alejandro, “Codex”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nro. 10, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1985.

En segundo lugar, parece razonable recuperar la noción de derecho privado clásico, dentro de lo que puede ser un proceso en el cual se ha impuesto una visión del derecho constitucional, lo cual, respetando esta nueva y poderosa corriente de pensamiento, permite coordinar la misma con una adecuada mirada sobre el derecho privado.

Finalmente, se quiere explicar el intento de esta corriente clásica y, a la vez, novedosa que se ha ensayado en nuestra Universidad, que trata de recuperar de manera renovada desde su fundación, y que intenta revelar que el derecho moderno muestra una impronta distinta, que presenta una ficción sobre el fenómeno social y político que no puede compadecerse con el que se ha denominado clásico que, de alguna manera, es el que adquiere forma con el derecho romano y prevalece, con distintos vaivenes, hasta avanzado el siglo XVI, a pesar de haberse modificado el contexto político, y bien puede decirse que se recupera ya avanzado el siglo XX.

## **1. El proyecto de la modernidad ilustrada y el modelo codificador**

A este respecto, analizando la cuestión desde la perspectiva del movimiento codificador en América, dice Tau Anzoátegui: “(...) la tajante diferencia entre las antiguas recopilaciones y los modernos códigos constituía la culminación o madurez de un movimiento intelectual, de vastas proyecciones en lo jurídico, que tuvo sus primeras manifestaciones en Europa durante el siglo XVII y es conocido como derecho natural racionalista; fundada en la razón y en la observación empírica (en vez de la autoridad y la tradición docta), esta escuela, si bien recogió la herencia del derecho natural cristiano, tuvo rasgos propios que la caracterizaron desde un comienzo: la secularización y la autonomía de la razón humana. Este movimiento plasmó con fuerza la idea de que el hombre era el constructor de su mundo y artífice de su destino, sustituyendo la concepción cristiana de que el hombre era guiado por designios de la Providencia; de allí que el pensamiento jurídico racional ilustrado intentase descubrir en la naturaleza humana ese derecho natural perpetuo e invariable”<sup>3</sup>.

3. Tau Anzoátegui, Víctor, “La codificación en la Argentina”, publicación del Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1977, pp. 22-23.

Lo transcripto, si bien se refiere a una historia particular como es la de Latinoamérica, no puede dejar de ponderarse que se ha tratado de la misma situación para todo lo que fue la conformación del derecho occidental, es decir, el abandono de una concepción donde la mirada radicaba fundamentalmente en la solución de cuestiones que hacen a desentrañar litigios, a encontrar en cada situación concreta una situación que se ajuste lo más posible a un criterio de justicia.

La opinión tan jerarquizada que se ha citado permite comprender de qué manera dicho pensamiento de la modernidad ilustrada ha generado una forma de entender el derecho privado en una sola línea de pensamiento haciendo que la rica tradición varias veces centenaria resultase prácticamente desconocida para aquellos que se acercaron al tema a partir del siglo XVIII.

Cabe acotar que ya la desacralización que implica el siglo XIII hace que se advierta una mirada sobre el derecho público que lentamente va invadiendo al derecho privado, pero este acceso del derecho a una “teoría de la vida colectiva”<sup>4</sup> recién puede encontrarse en un proceso mucho más avanzado en el tiempo.

Ya se ha hecho referencia de manera introductoria al proyecto de la modernidad ilustrada. Es decir, ha llegado el momento de preguntarse cómo este modelo alcanzó su punto culminante y ha servido para formular una manera de enseñar, que de alguna forma perdura hasta nuestros días.

No debe perderse de vista el itinerario de la modernidad y de su influencia de un momento particular de la historia en el cual la subjetividad provoca un desplazamiento que haría que las soluciones jurídicas dejen de verse objetivamente, desplazándose el centro de la cuestión a favor del individuo<sup>5</sup>.

Someramente, es del caso señalar cómo a partir de la Edad Nueva se generó una filosofía que, primero con el nominalismo y luego con el contractualismo de carácter hobbesiano, logró modificar la estructura de la sociedad política, haciendo que el hombre no

4. De Lagarde, George, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, 3ª edición, Editions E. Nauwelaerts Louvain, 1956, p. 152.

5. Al respecto, para acercarse a una idea general del origen de la cuestión, ver Valenzuela, Eduardo, “Post-secularización y secularización de masas”, en *Humanitas* Revista de la Pontificia Universidad Católica de Santiago de Chile Nro. 99, pp. 72-93.

sea más un *zoom politikon* sino el actor principal y por momentos excluyente de esta nueva sociedad que mucho tiene de artificial<sup>6</sup>.

Este modelo político necesitó generar una herramienta jurídica, creada a partir de la noción de derecho subjetivo y que ocupó el centro de la escena en todo lo que tiene que ver con una primera explicación respecto de qué es el derecho<sup>7</sup>.

Cuando este modelo buscó consolidarse, miró a la razón y concluyó que mediante la misma puede formularse totalmente el derecho. Aquí subyace la idea del positivismo y de la codificación, entendida esta última como solución de todos los problemas jurídicos.

De esta manera, se produce un proceso de racionalización que se compadece con este nuevo sistema, en el cual no importa tanto la realidad sobre la cual se trabaja. Así, dice Wieacker: “(...) la alianza produjo que, a comienzos del siglo XIX, la primera oleada de codificaciones modernas en los grandes estados autoritarios se dé en el centro de Europa y en el occidente europeo, siguiendo el ejemplo de la Francia revolucionaria. Este continente, junto a toda la diversidad de sus condiciones, comunes rasgos intelectuales y de estilo. Se distinguen de todas las anteriores fijaciones escritas del derecho en que no pretenden consignar el derecho existente, ni recopilarlo o mejorarlo, ni continuarlo, como las reformas alemanas o las ordenanzas de los reyes franceses, sino que tiende a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas o creadoras. El supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración de que la actividad libre, conforme a la razón y ética del gobernante (esto en el centro de Europa) o la

6. Respecto de este modelo de avanzar sobre temas que superan el presente trabajo, cabe recordar de qué manera Aristóteles inaugura su libro sobre la *Política* al decir: “Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad, y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien (...) si, pues, todas las comunidades humanas apuntan a algún bien es manifiesto que al bien mayor entre todos estará enderezada la comunidad suprema en todas y que comprende a todas las demás; ahora bien, ésta es la comunidad política que comprende a las demás” (se toma la traducción de Gómez Robledo para la edición de Editorial Porrúa, p. 157). Dentro de la misma reflexión puede ubicarse a Hobbes, quien desde las antípodas se refiere a sí mismo como el fundador de la ciencia política; para ello, corresponde consultar un interesante texto de Bobbio (cf. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes*, Barcelona, Paradigma 1991, p. 150).

7. Para decirlo desde la perspectiva del realismo, lo que cabe es presentarlo como un corrimiento de la identificación del analogado principal a favor de la subjetividad y no de aquello que es justo.

común voluntad nacional (en Francia), podían construir una sociedad mejor”<sup>8</sup>.

La abstracción era ya una característica lógica de las teorías del derecho de los juristas-filósofos racionalistas; pero se le suma ahora un fundamento político: la destrucción de los derechos feudales y comunitarios. Como queda claro, entonces, más allá de la figura de la Codificación y de su necesidad, de lo que se está hablando es de una manera de utilizar al derecho como herramienta política.

Aquí vuelve a aparecer la noción de codificación como neologismo en cuanto que no importa referirse a la misma desde la perspectiva de la recopilación ordenada de normas, sino que la mirada debe posarse sobre el “espíritu innovador” que ella comporta.

Lo dicho da la idea de que no es estrictamente la codificación lo que impide una adecuada mirada del derecho, sino el modelo que intenta explicarlo como un todo hermético y autosuficiente<sup>9</sup>.

Cabe señalar que los postulados del método de la exégesis tienen un sustento más político (o ideológico) que jurídico, basado en los principios de la soberanía popular y en el de la división de los poderes<sup>10</sup>.

8. Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón, Comares, Granada Editorial, 2000, p. 303.

9. A este respecto resulta interesante citar un párrafo de un trabajo que ya se ha mencionado del Profesor Xavier Martín, cuando establece: “El Código Napoleón, cuando nace en 1800-1804, tiene en el espíritu de sus autores una acentuación política marcada. Este fenómeno tiene dos niveles: 1) La redacción del Código Civil pretende ser, por una parte, una respuesta directa a problemas de orden concreto nacidos del descalabro psico-político de gran envergadura ocasionado por la Revolución después de muchos años. El Código Civil constituye entonces, a los ojos de los que legislan (empezando por Bonaparte), un elemento determinante para la recuperación eficaz, por parte de la entidad social francesa de bases políticas estabilizadas. 2) En sus grandes líneas, la redacción del Código Civil está mentalmente teorizada, por sus autores, a partir de categorías que hay que señalar que son menos jurídicas que políticas. Estas categorías son evidentemente el legado de las Luces, con apenas algunas inflexiones nacidas del desconcierto revolucionario”. AA. VV., *La Codificación, raíces y perspectivas*, T. I, “Fundamentos Políticos del Código Napoleón”, Buenos Aires, Educa, 2003, p. 158.

10. Husson, Leon, “Analyse critique de la méthode de l’exégèse”. Comunicación presentada en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de París II, el 15 de diciembre de 1970. Publicado en *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1972. Asimismo, puede consultarse el trabajo en “Nouvelles études sur la pensée juridique Dalloz Paris 1974”.

Tomando pie en esos fundamentos, el método de la exégesis realizó una reducción impresionante de los predicados jurídicos mediante la creación de figuras jurídicas abstractas, las más significativas de las cuales son la de la propiedad y el contrato. Se produce de esta manera una gran simplificación técnica del propio derecho privado, lo cual pasa a ser considerado como una de las principales características de los códigos.

Pero la igualdad formal tiene otra consecuencia técnica importante. La “ideología igualitarista” ilustrada, sobre todo, cuando se complementa con el desarrollo revolucionario de estas ideas, va a manifestarse sustancialmente como una igualdad formal, la igualdad del “hombre abstracto”, del “hombre en general”. Aquí no puede sino recordarse una vez más todo lo que se ha hablado acerca del mito del “derecho como prisionero de las palabras”<sup>11</sup>.

Aparece una vez más el fuerte contenido ideológico que ha motivado todo el proceso que empieza con la Edad Nueva y alcanza su punto más alto en la modernidad ilustrada.

El método que propicia este modelo se vale de una herramienta que permite la simplificación unitaria del sujeto de derechos sobre la que se apoya la generalidad de las leyes; pero al mismo tiempo facilita el recurso que permite identificar plenamente esa igualdad formal como una mera “igualdad ante la ley”.

El formalismo jurídico contribuye, así, a dotar definitivamente al derecho, que emana de las construcciones de los siglos XVII, XVIII y XIX, de su carácter ideológico, esto es, lo convierte en una forma capaz de enmascarar la realidad social presentándola como un reino “juridificado” y carente de conflictos o compromisos materiales. Una instancia neutral que garantizaría el libre juego de las leyes naturales de la vida social. La racionalidad formal de los Códigos contribuye definitivamente a crear la imagen de un derecho abstracto y formal, carente de valores y encaminado a garantizar el libre juego de los intereses privados de una forma segura. La abstracción y generalidad de las leyes, los conceptos de ley y persona jurídica, más

11. Thomann, Marcel, *Histoire de l'Ideologie Juridique*. Del mismo autor, resulta sumamente importante al respecto su tesis de doctorado titulada “Christian Wolf et son temps (1679-1754). Aspects de sa pensee morale et juridique”, edicion policopiada de la Universidad de Estrasburgo del año 1963, especialmente pp. 238 y ss.; “La methode juridique et son application”, pp. 262 y ss., donde el autor hace una conclusión respecto de la influencia de Wolf sobre los enciclopedistas y, a su través, en la codificación de Babiera, Prusia, Austria, etc.

concretamente, constituyen la base del “estado de derecho” sobre el que se asienta la transformación definitiva de la sociedad medieval en un sistema social “moderno”: la sociedad capitalista. Un sistema social que garantiza la seguridad jurídica y la igualdad formal que instauran definitivamente las condiciones válidas del cálculo como fundamento de las relaciones económicas y jurídicas; un sistema que garantiza, en definitiva, la libertad y la propiedad desde una particular visión, que se puede llamar liberal<sup>12</sup>.

Aquí ya aparecen algunas de las pautas que ayudarán a entender el planteo final, que estará referido a una manera distinta de explicar la introducción al derecho privado. Como puede advertirse sin demasiada dificultad, el sustento del modo que se ha denominado como dogmático es esencialmente racionalista e ideológico.

## **2. Los componentes del modelo. La aparición del sistema. Recuperación de la noción clásica de derecho privado**

Ha señalado Vigo que “aquel iusnaturalismo que confió en una razón de ideas claras y distintas exigida por Grocio antes que Descartes, encontrará, en la Revolución, su alianza con el poder de la burguesía y confiará en el derecho la concreción de un nuevo orden”<sup>13</sup>. En suma, este modelo exegético-dogmático esconderá detrás del Código el racionalismo en su triple dimensión: un racionalismo utópico, que apuesta a crear, sin condicionamiento alguno; un racionalismo político, posibilitador de la unificación de la nación y de la

12. No se puede dejar de señalar aquí la interesante y novedosa teoría de Villey cuando analiza el pensamiento de Hobbes y resalta que su figura no debe ser tomada como el pensador del absolutismo sino, por el contrario, como uno de los fundadores del derecho liberal; así, el autor citado dice: “(...) y yo pienso que tocamos aquí el fin mismo del sistema Hobbes, él está esencialmente dirigido hacia la consolidación efectiva de los poderes del individuo. Los que leen a Hobbes desde el punto de vista de las ideas políticas dicen que su fin es la instauración de la Paz, y yo así lo deseo, pero desde el punto de vista de la Historia del pensamiento jurídico y en un sentido más positivo, nosotros diremos más bien: promoción, realización, seguridad de los derechos subjetivos de cada uno”. Véase *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, en especial el trabajo “El derecho del individuo en Hobbes”, pp. 191 y ss.

13. Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, en especial, el trabajo “Descodificación y reforma al título preliminar del Código Civil”, p. 172.

edificación del Estado; y un racionalismo burgués, preocupado por una sociedad profana, libre e igualitaria<sup>14</sup>.

Queda así delimitado cuánto tiene este modelo exegetico-dogmático de pensamiento ilustrado. Si hubiese que buscar un denominador común, cabe hablar de un fuerte componente de subjetividad y la utilización del método matemático capaz de concentrar todo el derecho a un orden lógico inexpugnable a la realidad.

Hasta aquí, entonces, aquello que hace al modelo que puede identificarse con la racionalidad que se apodera de la ciencia jurídica moderna a partir de la Edad Nueva y que traza un derrotero a través del racionalismo del siglo XVI y del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII.

Sin embargo, falta un elemento que los autores han puesto de manifiesto, que es el que puede explicar que este modelo haya prevalecido hasta hace pocas décadas. Lo que cabe destacar aquí es la noción de sistema que se pone de manifiesto en el hecho de que haya perdurado en el positivismo de raíz kelseniana.

Aquí es donde debe ponerse especial énfasis en lo que se ha llamado la parte dogmática del modelo, que ayuda a formular la noción de sistema.

### *A. El método de la exégesis*

Sin embargo, no se daría estricto cumplimiento a la tarea de explicar el modelo que se impuso, si no se puede hablar de dos vertientes que dan vida al mismo, que es el método exegetico y el sistema en cuanto tal.

Cabe entonces recordar que la exégesis como modelo de enseñanza tuvo un lugar definido dentro de la historia como también lo tendrá la formación del sistema. Uno tuvo que ver con la formación de juristas a la sombra del Código Napoleón, el otro se vincula a la denominada Escuela Histórica<sup>15</sup>.

14. Ídem.

15. Es interesante destacar que una investigación sobre la codificación en Alemania analiza la raíz común de ambas vertientes, cuando dice: “(...) la codificación no sería considerada como el paroxismo del derecho según una expresión de Bruno Oppetit, y la decodificación o la desaparición de la codificación como el signo de una declinación, de una decadencia del derecho, si la idea de codificación no hubiera estado fundada sobre las ideas normativas de perfección

Con todo debe siempre recordarse que no es acertado identificar los principios inspiradores del Código con un modelo de enseñanza, ni tampoco con el momento histórico en el cual adquirió vida. Simplemente cabe hacer la acotación de que este método que, como se ha dicho, nació a la sombra de un código determinado, rigió en un lugar determinado durante casi un siglo, incluso hasta puede pensarse que, si se lo mira de manera abstracta en su implicancia, existen ya razones para suponer una ampliación al método llamado dogmático.

Cuando Husson traza el devenir histórico de este método, habla de un momento clásico y de otro dogmático donde resalta la figura de Aubry, y muestra que, si bien pueden identificarse distintos momentos dentro de su apogeo, el denominador común siempre es el mismo: el ideal científico del método matemático aplicado al derecho y, en general, a todas las denominadas ciencias sociales<sup>16</sup>.

Esto implica, a su vez, por una parte, analizar la estructura del método y sus implicancias, y, por la otra, los factores de su instauración. En cuanto a la estructura e implicancias, el derecho está estrictamente contenido dentro de los textos legales, de tal suerte que la tarea del jurista no consiste más que en extraerlo de allí. Esto implica el postulado de la suficiencia y, por lo tanto, de la plenitud de la ley escrita, lo cual ya deja entrever una clara disposición iluminista en cuanto pretende que la razón del hombre es capaz de resolver todas las cuestiones en una suerte de mirada sobre el progreso indefinido.

---

jurídica, valor moral, valor racional, valor metodológico, valor progresista, valor científico, la codificación está hoy gratificada por un juicio histórico principalmente positivo, mezcla de nostalgia y de esperanza (...) la perfección formal que reúne un cierto número de cualidades ligadas a la presentación del derecho que se podría también vincular a la técnica legislativa, venía desde el siglo XVIII con una mayor amplitud de propósitos, el proveer a la seguridad jurídica. Debía ponerse un derecho seguro y, conforme a un cierto arte, el positivismo podía, por lo tanto, comenzar a funcionar y los códigos proveedores de seguridad podrían emplearse para llevar el mundo a su destino (...) la codificación prusiana de 1794, inspiradora ideológicamente con el ideal de la razón y de la racionalidad, exaltada por los teóricos de la Escuela del derecho natural y por los representantes de las Luces, también había favorecido a la seguridad del pueblo contra los abusos de la autoridad real, incluso la justicia entre los ciudadanos, es decir, una justicia igualitaria (...)”, el trabajo pertenece a Valerie Lasserre-Kiesow.

16. Cabe resaltar que el estudio al que se hace referencia presenta el problema de la exégesis no solo como interés histórico, sino estudiando el problema del método. Específicamente, encuentra tres momentos o fases: instauración, apogeo y declinación.

En lo que hace a los elementos generadores se advierte que las causas de su instauración han sido múltiples, pero pueden reflejarse en dos primordiales: la Codificación del derecho civil realizado por el Código Napoleón y el ideal político que había inspirado la Revolución francesa. Como puede advertirse, una vez más se cae en una referencia histórica, pero esta resulta válida en cuanto marca un momento paradigmático de la misma, que bien puede identificarse con el ideal de la Ilustración, y es de alguna manera lo que se viene desarrollando en este trabajo.

Por fin, lo que resulta valioso es descubrir en este método el primer descrédito del positivismo, que llegará a su ocaso a mediados del siglo XX. Debe reconocerse que ya los factores de declinación aparecieron durante el período que alcanza la última década del siglo XIX, los cuales fueron, por una parte, la impotencia del Código para prever todas las circunstancias que corresponde resolver y, por la otra, la insuficiencia de los métodos alternativos.

Estas dos razones aparecen con claridad en la obra de Gény a partir de una fórmula simple, ya que una interpretación jurídica que pretende contentarse con la sola ley escrita o bien se engaña manifestamente a sí misma, o permanece impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida.

Esta crítica que Gény califica de fundamental contiene dos puntos: la denuncia del postulado de la plenitud de la ley escrita y la demostración del carácter artificial de las construcciones lógicas de las cuales se hacía uso para extraer soluciones que ella no suministraba directamente.

Con todo, debe reconocerse que el método que prevaleció no fue sin más el que propuso Gény de la interpretación científica, sino el de la flexibilización de los textos, que mantuvo una idea muy cara en los juristas: la de sostener la plenitud de la ley. Como lo señala Husson, a un siglo de comenzar a regir el “Code”, se seguía hablando de un método que se compadeciese con la plenitud de la ley, pero ya no se aceptaba como tal la exégesis. Sin embargo, se sigue respetando el principio de la plenitud de la ley, tratando de flexibilizar los textos, pero siempre aceptando que, de alguna manera, el derecho está contenido en una norma positiva<sup>17</sup>.

17. A este respecto, resulta interesante la opinión del autor que se sigue en este punto cuando explica las razones por las cuales no pudo ser totalmente aceptado el método de la libre investigación científica propuesto por Gény, ya que “el

## ***B. Los prolegómenos del sistema***

Se debe hacer aquí especial referencia al hecho de que no debe confundirse la idea de dogmática jurídica como ciencia, de lo que se ha llamado la dogmática como ideología, para tomar la interpretación de Theodor Viehweg, quien también la denomina como exclusivamente legalista o “positivista legal”. Precisamente, lo que pertenece al proyecto de la modernidad ilustrada es esta segunda parte, la que se ha denominado ideológica<sup>18</sup>.

Este sistema es en el que terminará explicándose todo el derecho desde el punto de vista académico (poco útil para el que opera con las cosas jurídicas), que se presenta como una visión ingenua de la estructura jurídica con plenitud hermenéutica, jerárquico, sin

---

principio mismo de esta investigación escandalizaba el espíritu de juristas habituados a permanecer siempre bajo tutela de la ley”. Husson, Leon, ob. cit.

18. En su clásico libro, Viehweg titula el tema “Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica”, y así dice: “En lo que sigue se formularán algunas consideraciones acerca de la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. En la sección I, partiendo de la dogmática jurídica, utilizaré el viejo concepto de teoría del derecho; en la sección II, el nuevo. En ambos casos intentaré presentar sugerencias para aproximar recíprocamente las distintas formas de pensamiento que aquí se presentan. En la sección III, expondré algunas observaciones finales sobre una deseable ciencia completa del derecho. Por lo pronto, veamos la dogmática jurídica. Para evitar aquí el enfoque exclusivamente legalista (positivista legal), no parto de las leyes o de sus equivalentes, sino que me remonto un poco más atrás, al conformarme para nuestros fines con una perspectiva sociológica. Ella permite afirmar que toda agrupación social de personas que aspira a persistir en el tiempo, a fin de posibilitar su cohesión, tiene que crear y fijar una opinión acerca de lo que considera como *justum*. Una opinión jurídica así fijada –cualquiera que fuese su fundamentación– tiene que ser entendida como una respuesta vinculante a una problemática social y cumple una función social al posibilitar la coordinación del comportamiento de una pluralidad de personas. Para nuestro razonamiento es indiferente la forma en que se exprese una tal opinión jurídica, es decir, que se lo haga a través de un oráculo, de máximas administrativas, leyes, ordenanzas o de alguna forma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una tal opinión jurídica así establecida con carácter de obligatoriedad puede ser colocada bajo el control del pensamiento. Si ello es realizado en una medida suficiente nos encontramos con una opinión jurídica racionalmente desarrollada. Como una opinión fijada y establecida se llama dogma y el correspondiente esquema de pensamiento, dogmática, es correcta la forma habitual de designar como dogmática jurídica una opinión jurídica racionalizada” (*Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 15 y ss).

contradicciones ni redundancias normativas, fácilmente comprobable como una unidad.

Precisamente aquí es donde aparece la idea de sistema. No debe olvidarse que este modelo reconoce, como hemos expresado repetidamente, un componente dogmático que los autores creen encontrar en la “laicización” del ámbito científico-jurídico, la separación de los conceptos de derecho y moral y la lucha de la escuela de la dogmática por la “ontologización” del derecho positivo<sup>19</sup>.

Como sostiene Larenz, “en el siglo XIX, sobre todo, se intentó bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales elevar la ciencia del derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales”.

La expresión dogmática conceptualista o conceptualismo dogmático significa, a la par, el positivismo normativista y el cientificismo de tipo lógico conceptual, característico de la metodología a la cual da su nombre<sup>20</sup>.

Objeto del mismo son exclusivamente las normas de derecho (costumbre o ley) y, por ello, constituirían parte dogmática que serviría al conceptualismo de punto de partida, pues las normas constituyen la materia bruta de su elaboración.

Cabe recordar que las expresiones “dogmática conceptualista” y “conceptualismo dogmático” comparten su empleo con la denominación “jurisprudencia formal de conceptos”, en la cual el adjetivo denota el formalismo, además del positivismo, y caracteriza a esta dirección. Este formalismo, para el debido conocimiento del derecho, trata de construir un sistema poniendo en relación sus elementos en una conexión lógica lo más rigurosa posible. En este sentido, el formalismo es anterior al positivismo, ya que su pretensión se halla en los iusnaturalistas racionalistas de la segunda mitad y finales del siglo XVIII.

19. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, 1943, p. 76.

20. Debe recordarse aquí, como hemos hecho anteriormente, cuál es todo el proceso que lleva a este modelo de carácter matemático que termina imponiéndose en el campo de las ciencias sociales, y que finalmente reemplazará a la concepción clásica en cuanto al origen de la sociedad. Pero no solo se puede advertir lo dicho en el espíritu contractualista, sino que también se verá alterado el concepto de ciencia. Sobre este tema véase Grua, Gastón, *La justice humaine selon*, Leibniz, París, PUF, 1956, en especial, pp. 231 y ss.

A este respecto, las investigaciones de Fassó, Wieacker, Perelman<sup>21</sup> y Vallet de Goytisolo coinciden en decir que los primeros pasos desde el formalismo al positivismo fueron dados por autores iusnaturalistas wolfianos, como el caso de Nettelbladt y Putter, al plantear la teoría general del derecho desde el punto de vista positivista, sustituyendo la filosofía jurídica por la ciencia y haciendo preceder el estudio del derecho positivo por una parte general. Esta labor fue continuada por los juristas de inspiración kantiana (Anselmo Feuerbach, Thibaut, Hesse, Zacarías), siguiendo la vía racionalista, en un intento de sistematizar el derecho positivo a partir de una construcción lógica. Esta misma tarea la asumirán Savigny y Puchta, en distintos momentos, desde un principio en que el racionalismo es la idea directriz de todo pensamiento dogmático<sup>22</sup>.

En una obra de juventud, Savigny describe lo que puede tomarse como representación del sentido originario del sistema dogmático de comprensión del derecho. Así explica la metodología de la aplicación del derecho como la tarea de la subsumisión del hecho-caso-a la norma jurídica, reductivamente concebida como enunciado. De este modo, puede verse que, sin pretender ser positivista, su visión depende de una concepción articulada sobre la base de un sistema complejo, cerrado y axiológicamente neutro; se concibe a la ley, por lo tanto, como un dogma a partir del cual deben deducirse las conse-

21. Perelman, Chaim, *Le probleme des lacunes en droit*, Bruxelles, E. Emile Bruylant, 1968. Véase en especial Amedeo G. Conte, "Decisión, complétude, cloture", en la p. 67. Asimismo, Savatier, René, "Les creux du droit positive au sythème des métamorphoses d'une civilisation". Estos trabajos se encuentran en la obra colectiva citada en primer término.

22. En lo que respecta a la obra de Wieacker, es interesante el largo capítulo que dedica a los orígenes de la Escuela Histórica. El autor propone una completa reflexión: "(...) esa repercusión de un movimiento tan exclusivo sobre la nación, explica también su influencia determinante sobre la ciencia del derecho y la actuación personal de Savigny. Pues en su monumental exposición, en su acrisolado sentimiento de la forma y en su mérito cultural respira el ideal de personalidad de Weimar. Gracias a ello se cuenta entre los pocos juristas cuyo nombre figura en la historia general de la educación de nuestro país (...) el nacimiento de la Escuela Histórica ocurre en el instante en que esa ascensión prende también y arrastra consigo la ciencia del derecho romano. La ciencia del derecho común, en decadencia en la época del derecho natural e inhabilitada por el legislador de la Ilustración, volvió a adquirir su general prestigio cultural por su unión con las ciencias de la Antigüedad". (Wieacker, Franz, ob. cit., p. 345).

cuencias aplicables al hecho con prescindencia de cualquier actividad valorativa de parte del juez<sup>23</sup>.

Dentro del pensamiento de Savigny, él mismo reconoce que “el contenido del sistema es la legislación, es decir, los principios generales del derecho. Necesitamos un medio lógico de la forma, esto es, de la condición lógica del conocimiento de todo el contenido de la legislación para conocer esos principios, en parte en su conexión. Todo lo que es formal tiene por objeto desarrollar la determinación de los principios particulares del derecho –generalmente, esto se llama definiciones y distinciones–, ordenar la vinculación de varios principios particulares y su conexión. Esto es lo que se denomina habitualmente verdadero sistema”<sup>24</sup>.

Pero aún mas clara es la influencia de Puchta, el cual, al decir de Wieacker, realizó “el tránsito ineludible para el positivismo científico desde el romántico espíritu del pueblo, a la soberanía del especialista en derecho, en una teoría de las fuentes del derecho que se vale, como de un artificio, de la filosofía de la historia de Fichte y Hegel”. Este profesor, sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín, es quien convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia de conceptos en principio metódico de esta.

A su vez, Karl Larenz explica el alcance e importancia del paso del método sistemático-orgánico de Savigny al lógico-conceptual de Puchta: “(...) la unidad del sistema radica en la insuprimible relación de todos sus miembros con un centro, que descansa en sí mismo (...) En cambio, el sistema conceptual según las reglas de la lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto supremo, la cúspide de toda la pirámide, está a gran altura de la base, pero le permite, justamente por ello, el más amplio panorama. Si se sube desde la base, se deja debajo de sí, en cada paso, un corte transversal. De corte en corte, la pirámide pierde anchura y gana altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir, la cantidad de materia, tanto menor es la altura, es decir, la posibilidad de panorama, y a la inversa. La anchura corresponde al contenido, la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto abstracto. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto genera-

23. A este respecto puede consultarse *Metodología Jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, traducción de J.J. Santa Pinter del título original en alemán *Juristische Methodenlehre*.

24. *Ibidem*, p. 37.

lísimo, bajo el cual es posible asumir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por lo tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios eliminando cada vez lo especial (...)”<sup>25</sup>.

Cabe consignar, asimismo, que Puchta denomina genealogía de los conceptos a ese sistema, piramidal en su forma, construido según las reglas de la lógica formal, y considera conocimiento sistemático “al que es capaz de seguir hacia arriba y hacia abajo la desviación de cada concepto a través de todos los escalones intermedios que han participado en su formación”<sup>26</sup>.

Aquí cabe recordar, siguiendo a Rodríguez Paniagua, que “Savigny no logró explicar con claridad la relación existente entre las dos dimensiones o aspectos a que constantemente hace referencia: entre la institución y la regla o norma jurídica, entre la contemplación global de las instituciones y la modelación categorial o elaboración de conceptos entre la conexión o consecuencias orgánicas y la conexión o las consecuencias lógicas. No es extraño que sus inmediatos sucesores y continuadores se quedaran perplejos ante la doble perspectiva y se vieran obligados a una opción ante lo que no pudieron ver más que como una alternativa, la línea de las normas, de los conceptos, de la lógica, es lo que va a dar lugar a la llamada jurisprudencia de conceptos”<sup>27</sup>.

Así es como en el siglo XIX se forma la ciencia del derecho civil, a partir de una visión muy particular del derecho romano; a esta escuela se la llamó Pandectismo<sup>28</sup>.

25. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, Parte I, cap. II, pp. 39 y ss.

26. Vallet de Goytisolo, Juan, *Metodología de la determinación del derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994, pp. 862 y ss.

27. Rodríguez Paniagua, José, *Historia del Pensamiento Jurídico*, dos tomos, 8ª Edición, Universidad Complutense Facultad de Derecho, T. II.

28. Wieacker, Franz, *Historia...*, ob. cit., p. 368. Así, este autor, al referirse a la influencia de Puchta, destaca la importancia de su obra, *El derecho consuetudinario*, y dice que el mismo llevó a término el tránsito ineludible para el positivo científico, “desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en derecho”. Dice también: “(...) mediante sus Pandectas, Puchta convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia conceptualista en principio metódico de la ciencia pandectística. El tratado, que influyó antes y quizá más duradamente que el Sistema de Savigny, es uno de los más claros testimonios de lo que la Escuela Histórica debe al método deductivo, tanto del derecho racional-

De esta manera, para corroborar aun más la visión racionalista de sistema, basta con citar el propósito que se traza Savigny al emprender su monumental obra *Sistema de derecho romano actual*. Allí puede leerse: “(...) nos llevan el reconocimiento de una sola y única necesidad para la ciencia, la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmación de sus verdades, y una nueva toma de posesión que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hacia el objeto definitivo. Someter la época actual a la aplicación de estos procedimientos es el fin de mi obra”<sup>29</sup>.

Finalmente, para que no puedan quedar dudas acerca de la posibilidad de que el modelo es el ilustrado, resta solo citar la importancia que otorga el fundador de la Escuela Histórica a la noción de subjetividad en el derecho. Corresponde consultar la explicación que el mismo autor da también en su obra cumbre al referirse a la naturaleza de las fuentes del derecho en general. Así, al mencionar la relación jurídica, dice: “(...) el derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo. El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia y extensión (...)”<sup>30</sup>.

De este modo, se demuestra claramente que no existe otra posibilidad de que el modelo racionalista haya inspirado esta particular manera de entender la relación jurídica que, como puede advertirse a partir del texto citado, no se compadece con una visión realista. Esto no debe olvidarse en tanto y en cuanto la cuestión de la relación jurídica es de vital importancia en la parte sistemática de la enseñanza del derecho<sup>31</sup>.

Por fin, otro dato de sumo interés es la referencia por parte de la Escuela Histórica al denominado “espíritu del pueblo”. A este res-

---

lista más reciente como al de Cristian Wolf, apenas atenuado por el empirismo y la observación”.

29. Savigny, F. K., ob. cit., p. 2

30. Savigny, F. K., ob. cit., p. 25.

31. El tema de la relación jurídica implica, por otra parte, una explicación desde el realismo jurídico, como se verá más adelante en las conclusiones de este trabajo.

pecto, una serie de investigaciones recientes sobre el problema ha demostrado que el remanido tema del “*volksgeist*” en sí no es más que una categoría lógica, más cercana al racionalismo que al realismo. Cabe reconocer que la interpretación a primera vista puede resultar audaz, pero poco a poco que se analice la misma se advierte que no carece de sentido<sup>32</sup>.

El propio Kantorowicz ha dicho que la cita de Savigny se inscribe en un pensamiento más “poético” que realista. No hay en la obra de dicho autor una referencia concreta al espíritu del pueblo, sino que reviste interés en cuanto se refiere a la figura del “pueblo legislador”<sup>33</sup>.

Esto resta espesura al pretendido historicismo de la llamada “Escuela Histórica”, en cuanto queda demostrado que el derecho no es comprendido como un fenómeno cultural, sino que tal referencia es accidental, superficial, condicionada por la moda, y que, por otra parte, hay una total indiferencia por la realidad histórica.

Una serie de investigaciones de las últimas décadas han demostrado que Savigny tomó un concepto que ya estaba en la atmósfera intelectual y lo dota de un contenido que puede traducirse como algo similar a “comunicación común del pueblo o conciencia común del pueblo”, el cual no se encuentra específicamente definido, sino que da por supuesto.

32. Así, “la generalización de los términos *volksgeist* en la literatura alemana y la filosofía a partir de finales del siglo XVIII puede ser explicada en parte como la expresión de la necesidad de encontrar una alternativa léxica al término *nation* de origen latino (...) pero Alemania no va a disponer de un Estado unitario hasta 1871. Este retraso histórico en lo que se refiere a la cristalización política de la unidad nacional constituye la gran anomalía germana, la peculiaridad que va a imprimir al nacionalismo alemán unos rasgos muy particulares (...) se asiste así a una doble espiritualización de la idea de nación: de un lado, Alemania es concebida primordialmente como una comunidad espiritual, cuyas señas de identidad no son políticas sino culturales (...) de otro, Alemania aparece como una nación espiritual en el sentido de que su identidad es, por así decir, contra fáctica (...) el nacionalismo romántico incorpora así un elemento pseudoreligioso o místico, las esencias nacionales habitan una especie de trasmundo metafísico accesible solamente mediante la fe (...) el concepto de espíritu del pueblo, pues, hará fortuna en esta atmósfera romántica de idealización de la nación”. Contreras, Francisco, “La idea de espíritu del pueblo en F.C.V Savigny”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, N° 35, España, Universidad de Granada, 2001, pp. 161 y ss.

33. Resulta de interés la consulta de la obra de Hermann Kantorowicz traducida por el Profesor Werner Goldschmidt bajo el nombre *La lucha por la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1949.

Resulta de sumo interés analizar la vinculación que ha tenido Savigny con Jacob Grimm; enrolado este último en la afirmación del espíritu del pueblo alemán desde los cuentos infantiles conocidos por todos los planteos jurídicos hechos en la Revista *Jurisprudencia* dirigida por Savigny<sup>34</sup>.

Lo dicho sugiere un planteo nominalista en el origen mismo del sistema. En este sentido, Wieacker sostiene que la doctrina de Savigny solo puede ser comprendida si por “Volk” se entiende no una comunidad de ciudadanos adultos, sino una tradición cultural. El pueblo, para Savigny, no es ninguna noción o sociedad real, sino un concepto ideal-cultural, la comunidad intelectual y cultural cohesionada por una educación común.

Cabe entonces pensar seriamente que el sustento del derecho en este pretendido espíritu del pueblo no es más que un nuevo punto de partida racionalista.

Incluso esta última situación produjo en su momento una ruptura en el seno de la Escuela Histórica, lo cual fue explicado años más tarde por Kantorowicz<sup>35</sup>.

34. Marino, Giuliano, *Jacob Grimm*, Gli Storici, Napolés, Guida Editori, 1972. Tanto o más importante que esta obra es la reseña bibliográfica hecha por el profesor de la Universidad de Ginebra, Alfred Dufour, “De l’Ecole du droit naturel a l’Ecole du droit historique. Etude critique pour le bicentenaire de la naissance de Savigny”, en *APD*, t. 26, París, Sirey, 1981, pp. 303 y ss. Y del mismo autor, el trabajo “La theorie des sources du droit Dans l’Ecole du droit historique”, en *APD*, t. 27, París, Sirey, 1982, pp. 85 y ss.

35. Para llegar a las conclusiones que se han esbozado aquí, se ha trabajado sobre la obra clásica de Savigny que se mencionara en notas anteriores y también con la traducción de su otra obra, *De la valoración de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, traducción de J. Díaz, Madrid, Aguilar, 1970, pp. 53 y ss. Así, puede verse que la noción de espíritu del pueblo es traída a colación por Savigny exclusivamente en relación con el problema de la génesis del derecho. El autor no pretende ofrecer una teoría omnicompreensiva sobre el “Volksgeist”, más bien el concepto se da por supuesto y su afirmación fundamental es que esa entidad es el verdadero sujeto creador del derecho. Así, su tesis central pretende que el derecho nace no de las leyes sino de la “conciencia común del pueblo”. En su libro ya citado, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, sostiene que todo derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo que actúan más allá del legislador.

En este sentido, reviste importancia la observación de Kantorowicz según la cual Savigny no realizó aportes sustantivos al desarrollo de lo que se dio en llamar “Volksgeist”; su única originalidad residiría en haber radicalizado desde el punto de vista del romanticismo las concepciones de los grandes precursores

Llegado este momento, solo resta verificar el tránsito hacia el positivismo, en el cual no puede descartarse la relevancia del modelo de la Escuela de la Exégesis. Sin embargo, el problema no se presenta de manera tan sencilla.

Por una parte, más allá de la idea original de sus formuladores, no es posible eximir de toda culpa a la Escuela del Derecho Natural Racionalista, ya que sus presupuestos, en cuanto sirvieron a la Escuela Histórica (aunque esto resulte paradójico), no pueden sustraerse a la traición que el racionalismo significa a un adecuado orden de la realidad.

En tal sentido, la tradición a la que se ha hecho referencia puede formularse diciendo que, al trasladar sus premisas al ámbito jurídico, las ideas claras y distintas, desde Descartes a Wolf, serán la génesis del legalismo, producto del cambio surgido por el concepto desligado de la experiencia y, por lo tanto, de la justicia, con lo cual el paso queda expedito para el voluntarismo<sup>36</sup>.

La paradoja a la que antes hacía referencia es que el último eslabón de esta cadena que es el positivismo es resultante de postulados en principio contradictorios, como el racionalismo y el empirismo, pero quedan “redimidos” en la dialéctica de la modernidad ilustrada<sup>37</sup>.

De esta manera, puede sintetizarse que la razón tomada abstractamente se torna irracional y que la libertad individual sin finalidad objetiva y comunitaria se convierte en conducta arbitraria y autoritarismo político. En este sentido, no deben perderse de vista las críticas que ha realizado el pensamiento posmoderno en cuanto a la existencia de un intento por alcanzar un nuevo estado de definiciones.

El Iluminismo y la Ilustración que generan el positivismo tienen sus raíces en el siglo XVII, a través de vertientes opuestas, pues, por

---

dieciochescos como Montesquieu, Burke o Herder. A este respecto se ha tomado la investigación de Contreras ya citada a partir de su estudio de la obra *Savigny and the Historical School o Law*, traducida de la obra *Rechtshistorische Schriften*.

36. André, Vincent Ph., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, p. 13.

37. Innerarity, Daniel, *Dialéctica de la Modernidad*, a la cual cabe remitirse. Asimismo, resulta de gran interés el análisis del pensamiento de André Jean Arnaud en dos libros: *Critique de la raison juridique*, a cuyo primer tomo, publicado por la Librairie General de Droit et Jurisprudence en 1981, le ha seguido recientemente el tomo II, *Entre mondialisation y post-mondialisation*, editado por la misma editorial en París en 2004.

un lado, van de Hobbes a Locke y a Hume, y, por otro, de Descartes a Spinoza. Pero ya en el siglo XVIII se evidencian las contradicciones, pues en lo que hace a la teoría del conocimiento se reduce todo a sensación, en moral y política, apelan a la razón universal y al derecho absoluto, pero no ya a la razón cartesiana sino a la razón inductiva cuya única finalidad es el descubrimiento de las leyes reguladoras del gobierno de los hombres y de las cosas.

Con el fin de concluir con este correlato iluminista que permite el camino del racionalismo al positivismo, resulta interesante recordar a un autor cuya influencia ya se ha mencionado dentro del derecho civil argentino, que fue Jeremy Bentham, quien había insistido largamente en su visión favorable al sistema legislativo.

El autor utilitarista planteaba para sostener el ideal de la legislación y la codificación que las acciones estaban guiadas por el principio utilitario al que ya se hiciera referencia en párrafos anteriores, suplantando de esta manera la justicia por la felicidad, que es entendida como el placer contrario a la infelicidad, o sea, el dolor. Cabe recordar aquí lo que se ha dicho acerca del ideal de codificación, que formulara Bentham, en cuanto a que, a partir de un modelo de cientificidad positiva, se buscaba reformar todo el orden social mediante la formulación legislativa; para este autor, el Código es la expresión de un derecho renovado, descripto por una ciencia empírica, sistemática, lógicamente coherente y neutra en valores.

En este sentido, refiriéndose a la influencia de este autor, Enrique Marí dice: “¿Puede extrañar entonces que paladín de la nueva codificación haya sido uno de los creadores del positivismo jurídico (en su versión imperativista) y jefe de fila de utilitarismo filosófico y económico, Jeremy Bentham? Conviene precisar en qué sentido, uno de los hombres de las entrañas del iluminismo, interlocutor de David Ricardo, maestro de John Stuart Mill, crítico de Adam Smith sobre la ley de la usura, político del radicalismo liberal inglés, es decir, de un país derecho no legislado, obró a favor de la codificación y los códigos del siglo XIX, con todo lo que a ellos se adscribe, constituyen el *locus* donde prende raíz una de las alternativas hermenéuticas, la interpretación literal de la ley”<sup>38</sup>.

En suma, con el fin de completar el derrotero que se ha trazado, cabe recordar los puntos fundamentales de la construcción kelse-

38. Marí, Enrique, “La interpretación de la ley”, en AA. VV., *Materiales para una teoría crítica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 259.

niana, a saber: a) la neutralidad de la ciencia, b) la condición descriptiva de la ciencia jurídica, c) el escepticismo ético, d) la crítica radical de la metafísica.

### 3. La formación del sistema. Sus características

#### *Noción de sistema*

Para concluir con este punto, y poder ya afrontar la parte final de este trabajo, parece necesario conceptualizar la noción de sistema, que de alguna manera explicará paradigmáticamente el proyecto de la racionalidad ilustrada.

En el siglo XIX se produce una contracción de la metodología para la determinación del derecho volcándose a un positivismo normativista que desemboca en una aplicación del derecho como sinónimo del jurista práctico a la aplicación puramente mecánica.

En este sentido, el principio de la subalternación de los saberes permitió que durante muchos siglos la manera de resolver las cuestiones jurídicas se nutriera de los principios que provenían de otras creencias. La observación que hacían los juristas de aquello que sucedía a su alrededor permitía dictar normas, o bien decir el derecho dentro de parámetros que respetaban el orden de la naturaleza<sup>39</sup>.

39. En una interesante metáfora, Vallet de Goytisolo recrea el pensamiento de Juan Miquel en cuanto el mismo se refiere a la cédula jurídica y su membrana porosa, y así dice: "(...) esta membrana naturalmente permitía que, por ósmosis, llegara a los juristas la *divinarum et humanarum rerum notitae*. Para que éstos, operando dentro de la célula, independientemente, desarrollaran su peculiar *iusti atque inusti scientia*. Así era posible obtener, mediante esta, la abstracción de lo universal y de todas las causas ajenas al conocimiento del orden de las cosas, que denominaremos *rerum natura* o *lex aeterna*, iluminando aquella por la Luz del *sensum naturale* y de la *ratio*. Pero el nominalismo obturó la capacidad de ósmosis de la membrana de la célula jurídica que, obstruidos sus poros, quedó impermeable a todos los conocimientos que antes le llegaban de ese modo. La ósmosis de la membrana no quedó abierta sino a un empirismo, operante a partir de lo individual, a la letra y a lo traído por la Revelación. Y dentro de la propia célula, no cabría recurrir sino a las instituciones de la propia mente, inquiriéndolo aquellas verdades eternas que se creían encerradas en ella (...) si la membrana resulta opaca a aquella luz o si se hace impermeable a esa noticia, la célula jurídica resta en la oscuridad o bien queda obturada para el caso de todo saber que la trascienda. Una u otra cosa ocurriría a los saberes jurídicos, a partir de que el nominalismo impidiera el paso al saber metajurídico por una u otra de estas dos

El proceso iniciado por el nominalismo obturó el paso al saber metajurídico, proceso que se había iniciado en los siglos XVI al XVIII. En su lugar se incorporó un material ya elaborado por teólogos, filósofos o políticos, el cual de alguna manera limitaba el proyecto jurídico.

De esta forma, la gran elaboración del método llamado exegético-dogmático (siempre siguiendo la nomenclatura propuesta por Vigo) derivará en un sistema que será aquel que se apoderará de la enseñanza hasta mediados del siglo XX, en el cual, ante las consecuencias de la aplicación a rajatabla del proyecto iuspositivista, renacerá una manera distinta de mirar las cosas y resolver las cuestiones jurídicas.

Debe advertirse, primeramente, la existencia de un sutil hilo conductor que puede notarse en Europa en todo el período prerrevolucionario, que intenta hacer valer el mito racionalista a través del derecho utilizando el mismo como herramienta<sup>40</sup>.

Se continúa en el sueño iluminista, por el cual los jueces no tienen otra función que aplicar la ley, lo que es muy caro al pensamiento de la Escuela de la Exégesis pero que también se advierte en Prusia y Austria y, finalmente, adquiere *status* universitario con la Escuela Histórica del derecho<sup>41</sup>.

Resta referirse propiamente a qué es el sistema. Puede decirse al respecto que la sistemática brota de la preocupación por el orden de disposición de los elementos del discurso científico que se encuentra

---

vías. Así lo hemos ido observando a lo largo de toda la anterior parte de esta obra, dedicada al período que comprende de los siglos XVI al XVIII inclusive” (*Metodología...*, ob. cit., p. 766).

40. Una vez más, aquí cobra vigencia la frase que popularizó Thomann en cuanto a que el derecho ha sido en ese período el prisionero de las palabras.

41. Aquí cabe resaltar, una vez más, lo dicho por Vallet, en cuanto a que “el sueño iluminista de los jueces no tuvieron sino que aplicar automáticamente la ley, hemos visto que fue recogido por el despotismo ilustrado. Así Tanucci, en el Reino de Nápoles, siendo regente del rey niño Fernando IV de Borbón, pretendió, en la cédula de 1774, que los jueces, al juzgar, no tuvieran más que resolver un silogismo, conforme premisas ‘fundadas en leyes expresas’, y, de no verlo claro, debieran pedir explicación o suplemento al soberano, oráculo de la ley viva. En Prusia, la Orden del 14 de abril de 1780 del gabinete de von Carner señaló pautas para que el Allgemeines Landrecht no dejara dudas al juez, y algo parecido, bajo los emperadores María Teresa y José II, se pretendió en Austria. Sueño que en Francia continuaría la Convención” (Vallet de Goytisolo, *Metodología...*, ob. cit., pp. 767 y ss.).

ya en el origen de la ciencia jurídica, como en el de toda ciencia. Así, se alcanza esta noción como una construcción libre e independiente, observándose que el sistema se ontologiza de tal modo que aparece no como presupuesto sino como resultado, más que como categoría de lo real.

### *Características del sistema*

En cuanto a las características del mismo se llega a las siguientes conclusiones:

Por una parte, el sistema no es solo el resultado de reducir a la unidad de lo sincrónico, sino que también lo diacrónico tiene que ver con la idea de sistema, y la omnipresencia del sistema afecta también a la historia y la colma de sentido.

Por la otra, el procedimiento sistemático debe basarse solo en consideraciones “formales y lógicas”.

Lo dicho permite algunas consideraciones que se refieren precisamente a la desaparición dentro del pretendido sistema de un verdadero lugar de la historia en cuanto tal. A este respecto los autores denuncian una contradicción en cuanto a que se considera que interpretar es colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia, sin otro óbice que el hecho de que la verdadera base del derecho positivo tiene su realidad en la conciencia general del pueblo<sup>42</sup>.

Esto deja a las claras el profundo contenido racionalista dentro de la noción de sistema en cuanto a que el mismo se muestra como atemporal.

Falta decir que en esta noción previa de sistema hay una importante referencia iusnaturalista en la línea racionalista, en cuanto se escogen los principios de dicho sistema, entre los que crean datos de la realidad objetiva, siendo así que elegir en la ciencia es ya una forma de crear, y no solo los elige sino que los nombra, los define y los divide como si dijera realmente algo acerca de lo definido y no de las palabras que definen, como si escondiera verdaderamente un fragmento del mundo y progresase en su conocimiento. A partir de

42. Savigny, J. K., *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, Góngora.

tales principios, la configuración del sistema conlleva la sustanciación de inversiones epistemológicas por deducciones<sup>43</sup>.

De esta manera, puede decirse que el sistema resulta ser un sistema de conceptos, y este conceptualismo será absolutamente decisivo para el saber jurídico posterior.

Puede concluirse que el saber jurídico que surge del sistema en su conceptualismo y abstracción crea esa realidad para justificarse, así el sistema resulta ser previo, apriorístico, mental, pero atribuido a la virtualidad de la naturaleza misma.

#### 4. El modelo en las partes generales

El proyecto de la modernidad ilustrada en materia jurídica necesita expresarse también en un modelo de enseñanza.

La noción de sistema es sin duda la que permite fijar el paradigma de lo que significa el derecho para esta línea de pensamiento. Las características de la noción de sistema con su aporte de racional-

43. Respecto a esto, puede consultarse la obra citada de Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del derecho*, sobre todo en las pp. 836-844, cuando comenta el trabajo de Antonio Hernández Gil y Álvarez Cienfuegos, “La idea de sistema en Savigny”, publicado en *ARAJ*, N° 9, especial dedicado a Savigny en el II Centenario de su nacimiento, publicado en 1961.

En el mismo sentido, puede consultarse la obra de Mario Losano, “Los grandes sistemas jurídicos”, publicada en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 17, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 137 y ss.

No por poco conocida deja de ser importante la obra llevada a cabo por Leibniz y el olvidado Ottavio Pisani. Este personaje es recordado por Tullio Ascarelli en la introducción a la obra que él mismo traduce.

Recuerda que Pisani, nacido en Nápoles en 1575, fue uno de los primeros, con Kepler, en reconocer los descubrimientos de Galileo. Pisani, que era óptico, esperaba reducir el número de los litigios gracias a un tipo de lógica absoluta similar a la astronomía de su época. Cuando tuvo una oportunidad de estudiar derecho en Amberes, en 1618, publicó “Leggi par le quali se fa vera a presta giustizia senza spase e travagli di litiganti”. La obra de Pisani sería una demostración matemática del derecho y expresa una profunda hostilidad hacia los procesos, los abogados, los habilitados del pretorio, las complicaciones casuísticas y las dificultades de interpretación. Esta hostilidad de Pisani es de la que se hace eco Leibniz y es habitual en todo el “mon galicus” y en el conjunto de la doctrina de los siglos XVII y XVIII.

Puede consultarse esta opinión en la obra de Gottfried W. Leibniz, que traduce e introduce Ascarelli, llamada *Specimen questionum de legum interpretatio*, publicada por Dalloz en 1966.

lismo, de defensa del método geométrico, con su visión de iusnaturalismo moderno, con su pretensión omnicomprensiva del fenómeno jurídico, sin duda, provocan una mirada de aprobación desde el Iluminismo.

No puede dejarse de ponderar que la visión kantiana del derecho, que a su vez ha recibido la impronta de todo el pensamiento nominalista, queda reflejada en esta particular manera de entender el derecho que necesariamente se ubica en las antípodas del modelo que se ha llamado, a lo largo de la historia, como clásico.

Parece razonable pensar que la noción de sistema puede explicarse como la misión de la moderna ciencia jurídica que a partir del derecho positivo adquiere cierta unidad sistemática, que sigue el siguiente derrotero: análisis, síntesis y sistema<sup>44</sup>.

De esta manera, la razón del legislador (exégesis), o la razón del científico (jurisprudencia de conceptos) contarán con niveles de perfección, previsión y clarividencia que las tornarán insospechadas de silencios o incoherencias<sup>45</sup>.

Con lo dicho hasta aquí, ha quedado planteada la razón por la cual el modelo se constituyó en un verdadero sistema. Resta ahora analizar cómo se ha llegado a la influencia de este modelo en las llamadas partes generales.

Para ello, no debe olvidarse un paso previo que ha sido el de las teorías generales.

Existe aquí una necesaria referencia al hilo conductor que va desde la idea de sistema a las teorías generales que informan las partes generales.

Así, dice Hernández Gil: “Concluida la construcción jurídica, su resultado es el sistema, preguntarse por el valor y la utilidad de éste es preguntarse asimismo por el valor y la utilidad de la propia construcción (...) la transformación de la materia en sistema representa una perfección de la misma. Es lo que la hace más visible, lo que le da una forma plástica, se agrupa en cuerpos modelados plás-

44. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica, del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, p. 17.

45. Ídem. Del mismo autor, *De la ley al derecho*, también citado, en especial, el capítulo que se refiere a “Algunas tesis actuales sobre la interpretación jurídica judicial”, pp. 26-55.

ticamente. El sistema es, además, la forma más rápida y concertada de mostrar la materia<sup>46</sup>.

El principal fruto de este método es el que derivará en la construcción de las partes generales, tan comunes en el campo de la filosofía jurídica a mediados del siglo XIX y principios del XX, que han venido a suplantar a la tradicional filosofía del derecho, siendo entonces estas teorías generales las que con el material que aportan las partes generales se transforman en las “introducciones” del saber jurídico a manos del positivismo<sup>47</sup>.

## **5. Las partes generales como aplicación del modelo de la modernidad ilustrada al derecho privado**

Ya se ha dicho que las teorías generales con su modelo cientifista son las que originaron las partes generales del derecho privado.

Además, cabe observar que la aparición desde el punto de vista de la enseñanza de las llamadas partes generales corresponde al modelo llamado de la dogmática jurídica. Tan es así que el mismo aparece a partir del Código Civil alemán del año 1900, lo que origina que se enseñe una parte general porque la misma está contenida en un código.

Si se trata de circunscribir aún más el tema del que se está hablando, puede advertirse que lo que ahora cabe es “descender” el planteo hasta lo que ha sido el ámbito del derecho privado.

Retomando la hipótesis de trabajo propuesta, lo que se advierte es una influencia del método racionalista que privilegia un orden metodológico al que podría llamarse el ámbito de la justicia concreta<sup>48</sup>.

46. Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, edición del autor 1971, p. 172

47. Losano, Mario, “Los grandes sistemas jurídicos”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 17, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 137 y ss. y p. 172.

48. A este respecto cabe leer con atención la formulación de Wieacker cuando desarrolla dentro de los distintos modelos de codificación la que él llama, por un lado, la ilustrada y, por otro, el de la cientificación del derecho. Así, dice: “(...) comparados con el anglosajón, todos los derechos del continente europeo y de los países europeizados de otras partes del mundo acusan concordancias que dependen de la permanente comunidad de desarrollo político y espiritual. Se remontan a la cientificación del derecho con el redescubrimiento del *habeas iuris* y del derecho común, a la teoría y el sistema del derecho racionalista, a la humanización y racionalización de la escena del derecho mediante la Ilustración y al

Este modelo tendrá una importante influencia en lo que ha sido la formulación del derecho privado alemán, que servirá de base para la conformación de las partes generales<sup>49</sup>.

Es innegable que el siglo XIX significó la aparición de la moderna ciencia del derecho, a través de la Escuela Histórica y la de la Exégesis, las cuales ya se han mencionado. Estos dos intentos se constituirán en los únicos modos posibles de pensar y actuar jurídicamente. Al decir de Larenz, “en el siglo XIX, sobre todo, se intentó, bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales, elevar la ciencia del derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales”<sup>50</sup>.

Es un lugar común decir que las modernas partes generales del derecho civil tienen su origen en el Código Civil alemán, por lo cual no es ocioso seguir esta estructura de pensamiento en cuanto la misma ha generado, a partir del conceptualismo de las teorías generales, las estructuras de las partes generales, que aquí se trata de entender.

---

fundamental y abstracto ideal del estado de derecho impuesto ya en el derecho privado por el tardío Estado autoritario alemán y en el derecho penal por la Revolución francesa. Los mayores servicios de esta cultura jurídica fueron la humanización del derecho penal por la Ilustración prusiana, la superación del proceso inquisitivo por la Revolución francesa y la penetración conceptual y sistemática del derecho común por la ciencia de las Pandectas” (*Historia del Derecho Privado en la Edad Media*, citado, p. 464).

49. En este sentido, ha dicho Vigo: “(...) en el marco teórico del positivismo dogmático, parece comprensible que se reconozca como el único estatuto epistémico apropiado al de la ciencia. Las pretensiones de certeza, objetividad y seguridad se cubrían a través del conocimiento científico riguroso. En este punto no está de más tener en cuenta que todo el siglo XIX está signado por el furor científico, que tras las enseñanzas de Comte implicaba el paso a la madurez, dejando atrás la infancia que correspondería al saber teológico y la juventud que equivalía al saber filosófico”. Con acierto, señala Hernández Gil, refiriéndose a la Escuela Histórica, que “en el orden filosófico jurídico, ha de imputársele, ante todo, su falta de profesión de fe filosófica. Esta falta de profesión de, o por mejor decir, su manifiesta adversión y negación de la consideración filosófica. Esta desconfianza hacia la filosofía jurídica se va a traducir en los esfuerzos a fines del siglo XIX por construir una teoría general del derecho (Merkel), que al decir de Radbruch se trata de la ‘eutanasia de la filosofía jurídica’. La misma teoría pura del derecho participa de ese prejuicio que alcanzará con el círculo de Viena una formulación completa” (cf. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica...*, citado, p. 41).

50. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 19.

No en vano dice Vigo que la consecuencia de la Escuela Histórica terminará profesando un afilosofismo que le hará permanecer ciego al orden del ser, y al valor<sup>51</sup>. Para ello debe verse la línea que desemboca en la pandectista y la romanística moderna, que no es otra manera de prolongar el individualismo, y el subjetivismo en este caso, en el ámbito del derecho privado.

Pero antes no parece inapropiado insistir hasta qué punto la noción de sistema ha influido en la formación de este nuevo derecho privado, que no ha sido otro que el modelo del pandectismo alemán del siglo XIX.

En esto debe insistirse. En este modelo se produce una tarea de relectura del derecho privado desde la estructura de conceptos ideales, ya que ha sido el que trazó un nuevo firmamento en el ámbito del mismo, es precisamente el que está detrás del Código Civil alemán de 1900 y que es, a su vez, el que ha originado el modelo de las partes generales al momento de incorporarse a la enseñanza.

Este es el momento histórico en el cual se logra la culminación del sistema, dentro de la estructura de la Escuela Histórica, toda vez que esta es la última tentativa de lograr un sistema, lo decisivo será desintegrar los conceptos en sus partes poniendo de manifiesto sus elementos abstractos. Esto es así porque de la aprehensión exhaustiva del contenido de los conceptos implícitos en las proposiciones jurídicas depende no solo la comprensión total del derecho, sino también la seguridad de su aplicación; la decisión última es el resultado de una operación de cálculo, en la que los factores son los conceptos jurídicos<sup>52</sup>.

Como una primera conclusión se advierte que la dogmática ha generado un modelo a partir de conceptualizaciones que se trasladan también a estas estructuras del derecho privado<sup>53</sup>.

51. Vigo, Rodolfo, *Visión crítica...*, ob. cit., p. 154.

52. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 34-35.

53. Es interesante reseñar una opinión que recibe Massini tomada de Hernández Gil, en cuanto dice: "(...) respecto de la dogmática, se atuvo a un positivismo normativo y aceptó como inconcusos los datos suministrados por el derecho positivo a partir del cual se desenvolvía. (...) la concepción dogmática acusa de modo muy claro la teoría de la división de poderes, la creación de las normas corresponde por entero al legislativo y lo que incumbe al jurista es una labor de discernimiento (no creador) y de subsunción, es decir, de ingreso del caso en el supuesto previsto por las normas. Lo que es más, en esta labor de discernimiento

La consecuencia más característica de este método es el desarrollo casi hegemónico que adquirieron las partes generales de dichas disciplinas. Al decir de Hernández Gil, “la parte general es la prueba más palmaria, el exponente más acabado de lo que es y a lo que aspira la dogmática. Constituye el resultado de un proceso lógico completo. Viene a ser como una cima que se escala a través de un procedimiento rigurosamente inductivo.

Con los elementos comunes de los conceptos todavía más generales que son la quintaesencia del sistema: los puntos en que éste se unifica. Hay pues una doble abstracción. Los conceptos, por ejemplo, de contrato y de testamento son ya generales. Dentro de ellos se encuentran otros muchos, en los que, además de las notas comunes, se dan otras notas específicas que los individualizan, a su vez, en otro todavía más general, el del negocio jurídico, así como éste se integra en otro superior: el hecho jurídico”<sup>54</sup>.

---

de los contenidos de la norma, se llegó tan lejos, que se terminó cayendo en el conceptualismo más absoluto y adoptando también como normas, al lado de las leyes, una serie de construcciones abstractas” (cf. Massini, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 63).

54. Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ya citado, p. 178.

## TERCERA PARTE

### Conclusiones

De acuerdo a lo dicho, puede notarse con claridad que el largo proceso del nominalismo filosófico e individualismo político generó un modelo jurídico que, apegado a la conceptualización, provocó en el ámbito del derecho privado una preocupación por crear un sistema prácticamente inexpugnable que no permitiera al derecho ni explicarse ni interpretarse más allá de sí mismo. Este modelo jurídico contó, además, con un paradigma de enseñanza en las universidades decimonónicas.

No puede dejarse de analizar aquí que esta manera de entender al derecho, y en especial al derecho privado, se compadece con una narrativa elitista muy común en el siglo XIX, basada en una cierta apelación a las evidencias científicas y en la renuncia a apelar a las instancias absolutas de la misma<sup>1</sup>.

El siglo XX permitió ver con claridad la derrota del positivismo. Sin embargo, ya sobre fines del siglo XIX se anticiparon otros criterios que permitieron atisbar la inconsistencia del legalismo.

En suma, no puede dejar de resaltarse que ya antes de la clara derrota del positivismo existía la convicción de que el modelo exegetico-dogmático había fracasado; la demoledora crítica de Gény, a la que se ha hecho referencia más arriba, como los críticos de la Escuela Histórica demuestran claramente que la imagen del jurista no es la de aquel que aplica fríamente la ley. A este respecto vale la pena recordar la introducción a la obra de Kantorowicz y ana-

1. A este respecto, resulta de utilidad un reciente artículo del catedrático de la Univesidad del País Vasco, Daniel Innerarity, quien al referirse a temas vinculados a la democracia y el populismo hace referencia a dichos temas; conf. Innerarity, Daniel, “Los problemas del populismo”, diario *Clarín*, 24 de setiembre de 2024.

lizada: “(...) la opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, de carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla solo una sola mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real, o un caso solo supuesto, y de acuerdo con su deber puede aquel funcionario, por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que solo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta. Este ideal, ajeno a los romanos de la época de su grandeza, surgió en los tiempos de su profunda decadencia (...) la Edad Media y el Renacimiento aceptaron el ideal solo a medias teóricamente, pero lo rechazaron sin vacilar en la práctica y, en parte, también en la legislación, y dejaron el desenvolvimiento y la transformación del derecho al cuidado de jueces y sabios”<sup>2</sup>.

Más allá de lo amplio que pueda considerarse el criterio que expresa el autor citado, pareciera que, ya a principios del siglo XX, no existe duda de que el modelo está agotado<sup>3</sup>.

Lo importante para resaltar es que la idea de jurista que se propone, aún desde otras escuelas de pensamiento que no son necesariamente las que pueden considerarse como realistas, es muy similar a la del jurisprudente romano, es decir que, para salirse del modelo positivista, se apela al esquema clásico. Así es que cabe preguntarse por qué aún hoy perdura la misma estructura de enseñanza si se percibe que el modelo de jurista que se necesita es otro. Las respuestas que se darán a partir de ahora apuntarán a la enseñanza pensando en un jurista distinto, que puede arrojar otra mirada sobre el derecho privado.

En este momento cabe ponderar la particular circunstancia que ha significado que, a pesar de las críticas recibidas por el modelo, fue necesario que pasara casi medio siglo hasta que el mismo quedara definitivamente al descubierto con sus falencias, sobre todo, demostrado por la derrota de la propuesta kelseniana, donde de alguna manera se han reunido todas las características del modelo, ya que

2. Kantorowicz, Hermann, *La lucha por la ciencia del derecho*, citado, p. 329.

3. A esta conclusión se llega de la crítica que en la obra comentada hará el autor del dogmatismo.

es exegético, dogmático y, finalmente, identifica el derecho con el Estado<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de las conclusiones a las que se ha arribado más arriba, es necesario decir algunas palabras, o hacer algún comentario sobre la materia que nos ocupa, estrictamente el derecho civil y la nueva versión de la codificación.

Siempre expresar una conclusión sobre este tema resultará provisoria, ya que muchas de las cuestiones que toman forma en este momento invariablemente se van a replicar a lo largo del siglo XX, sobre todo, un aspecto del mismo que hace a la enseñanza, el que

4. En este tema es importante recordar la obra de Errázuriz Mackenna, en cuanto hace un prolijo análisis de cuáles son las razones que Hans Kelsen ha tenido en cuenta para formar su teoría jurídica, en el cual se reseñan, entre otras, las raíces del pensamiento de este autor en Kant y, por otra parte, se advierte la importancia del iluminismo. Así, el autor citado traza lo que él llama coordenadas jurídicas y filosóficas de la “Teoría Pura”. Dice: “(...) sus ideas se movían en un horizonte cultural bien preciso. Como a menudo se ha hecho notar, la Teoría Pura nace en la Viena de principios de este siglo; su gestación es coterránea y coetánea con el psicoanálisis freudiano y el neopositivismo lógico del círculo de Viena, por citar solo dos entre las múltiples manifestaciones culturales, científicas e incluso artísticas, propias de aquel ambiente. Nota común a tan variada gama de movimientos es una suerte de ‘ilustración’ de corte positivista. El prestigio de las ciencias de la naturaleza lleva a considerarlos como modelo de todo posible saber racional. Las llamadas ciencias del hombre y de la sociedad, por ende, han de plegarse a las exigencias de rigor y exactitud, para abandonar lo que Comte denominaba estadios teológico y metafísico, y acceder a un estadio científico (...) este positivismo jurídico formalista del siglo XIX aspiraba a erigirse en una ciencia, es decir, un conocimiento autónomo en relación con la filosofía, sistemático sobre la base de datos positivos o fenómenos, y con una neta exclusión de todo elemento ético o fáctico –lo metajurídico– que está fuera de lo único concebido como derecho: la norma positiva, generalmente restringida a la estatal. Al recibirse ésta como dato indiscutido o ‘dogma’, la ‘dogmática’ es la elaboración de conceptos jurídicos generales efectuada a partir de las normas existentes. Este esfuerzo lógico sistemático culmina especialmente en Alemania, con la llamada ‘Teoría general del Estado’, que busca determinar y ordenar los conceptos jurídicos fundamentales, comunes a todas las ramas del ordenamiento jurídico positivo. Dentro de los autores que pueden ser más o menos encuadrados en esta dirección, Kelsen se considera sobre todo heredero de los cultivadores alemanes del derecho público que trabajaron en la ‘Teoría general del Estado’, en particular, de Karl f. Von Gerber, Paul Laband y especialmente Georg Jellinek. En el ámbito del Common Law sobresale John Austin, que representa una tendencia similar (...)”. Cf. Errázuriz Mackenna, Carlos J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Navarra, Eunsa, 1986, pp. 35-37.

una vez que logró imponerse tardará mucho en desaparecer, si es que puede decirse que ha desaparecido.

Finalmente, proponiendo algunos aportes a los temas que se presentan, no debe olvidarse que es posible sostener que una de las principales funciones de los docentes en la enseñanza es la de aplicar todos los posibles conocimientos y experiencia (profesional y docente) a crear ambientes de aprendizaje que resulten estimulantes para los estudiantes y les faciliten la obtención de los propósitos formativos que la universidad les plantea<sup>5</sup>. En suma, pueden presentarse las siguientes consideraciones:

1. Como es notorio, el centro esencial en lo que hace a la nueva manera de entender la codificación se ubica en el derecho civil, las ordenanzas y cuestiones vinculadas a las relaciones entre comerciantes respetan un orden más vinculado a lo consuetudinario. Sin embargo, se utilizaba el término derecho privado para lograr una mayor sintonía con todo aquello que con el tiempo significará ya una suerte de sinónimo, sin dejar de destacar que tardará mucho en imponerse el término de derecho privado, sobre todo, en los planes de estudio, lo cual sucederá recién en las últimas décadas del siglo XX. Y, por otra parte, esta referencia no es menor, ya que precisamente en las últimas décadas del siglo XX se producirá un debate renovado acerca de la manera de diferenciarse, los ámbitos de cada uno y, finalmente, el debate que se presenta contemporáneamente acerca de la confusión entre los órdenes o saber si efectivamente el derecho privado ha cedido territorio.

En lo que hace al derecho privado en el siglo XX, las dos primeras décadas del mismo presentan una situación paradójica en cuanto, por una parte, y a fines del siglo XIX, se pusieron definitivamente en duda los modelos que adhirieron a una enseñanza y a un ejercicio de la abogacía desde la denominada cultura del código pero, por otra parte, prevalece una visión del derecho público que identifica a este con el estado, lo cual hace que a pesar de que los estudios, sobre todo de derecho civil, se abren a otras ciencias y pretenden explicar cuestiones que están más allá del modelo de la ley positiva, siguiendo con la paradoja, se impone una suerte de modelo constitucional que

5. Zabalza Beraza, Miguel A., *Coreografías didácticas en educación superior*, Madrid, Narcea Ediciones, 2022, pp. 9 y ss.

obliga, por otras razones, a obedecer a la ley positiva como fuente de derecho privilegiada.

Por otra parte, el modelo exegético deja lugar al positivismo lógico, o científico, que ya en este siglo es claramente de raíz kelseniana, que, a su vez, encierra una cuestión no menor, que es la separación tajante entre ser y deber ser y la imposibilidad de encontrar un nexo entre ambos campos.

Aquello que efectivamente se ha entendido por derecho civil a partir del siglo XIX no puede separarse de todo lo que significó el movimiento de la Ilustración, en lo que específicamente este tuvo que ver en el campo jurídico. Esa fe ciega en la razón, tal como quedó desarrollado más arriba, condujo a crear otra mirada sobre el derecho, no solamente como subjetivo, sino como una dualidad entre lo que quiere hacer, y cómo se acuerdan los límites de los mismos; uno es la facultad jurídica, lo otro es la ley. La particularidad del modelo es que el mismo creyó que podía subsumir en sí las dos visiones del derecho, y que en la externa, por llamarla de alguna manera, lo que pasa a entenderse por ley es obra de la razón ordenadora y, por lo tanto, ya ha tenido en cuenta también el contenido del derecho natural, lo cual denota una vez más esa fe ciega del hombre en sus creaciones mentales y en la potencia de estas para transformar la realidad.

2. Para el derecho privado consolidado en la codificación la visión implica sobre todo una defensa de las prerrogativas que surgen de la declaración de derechos de fines del siglo XVIII, que se traducen en la libertad, la propiedad, y, como corolario de los mismos, la seguridad jurídica; no será todavía el tiempo de los derechos sociales, no se hablará todavía del derecho a la vida, o la noción de bien común; estos aparecerán después y allí puede advertirse, en algunos casos, un cambio de paradigma.

La justicia aparecerá sumida en el contexto incierto y conflictivo propio de los debates morales; esta nueva creación, precisamente, remite la justicia al campo incierto de los debates morales pero está asegurado el cumplimiento de la misma dentro de lo que ha sido el diseño del derecho natural en la versión racionalista. Originariamente pudo pensarse que este sistema de racionalidad científico-positivista incluiría algún tipo de versión del derecho natural, pero la necesidad de responder, como dice un autor, “al fetichismo de la ley”, terminó por imponer un manejo técnico del texto legal, aséptico respecto a opciones políticas o morales, porque se sostenía que

estas ya se habrían ponderado en el momento legislativo, al tiempo del debate. Si se volviese a introducir el tema se estaría echando una sombra sobre la certeza de la práctica jurídica, se lesionaría la seguridad del ciudadano y se traicionaría la legitimidad política de todo el proceso de creación de derecho.

3. Por último, cabe considerar que esta manera de interpretar el derecho privado y de enseñarlo constituyó un modelo científico, entendiendo por dicha palabra lo que hoy se traduce por ciencia. Este no es un tema menor en cuanto a que muchos estudiosos del derecho utilizan la palabra ciencia también para aplicarla a la manera de proponer la solución de las cuestiones en el ámbito del derecho romano. En verdad el conocimiento científico implica que algo se conoce de manera metódica, con plena certeza y general aceptación; así, podría aplicarse a esta etapa del derecho privado que tiene que ver con un método que da vida a un sistema, que es lo que ya se ha explicado más arriba. Por lo tanto, si el derecho está totalmente contenido dentro de los textos legales, de suerte tal que la tarea del jurista tanto consiste más que extraerlo de allí, sobre ello puede hacerse ciencia del derecho, entendiendo por tal el conjunto de conocimientos sistemáticos y metódicos, debidamente verificados, sobre la evolución, contenido y rasgos generales del derecho positivo. Parece prudente adherir a la tesis de que el trabajo del iuris-prudente romano que resolvía los casos concretos no partía de principios abstractos al razonar, lo cual no quiere decir que al estudiarse el derecho romano no se pueda de ese formidable conjunto extraer conclusiones que se presenten con un criterio lógico, pero como se advierte, el proyecto del pandectismo puede entenderse con los presupuestos del siglo XIX, que no existían al momento de formarse el pensamiento clásico.

Aquello que se ha dicho hasta aquí ha sido con la intención de presentar un esquema sucinto por el cual el análisis de las nociones de modernidad ilustrada y posmodernidad pueden aplicarse a los distintos saberes que se trabajan en lo cotidiano de la vida universitaria.

Es necesario, entonces, proponer una lectura del saber jurídico desde una perspectiva que complete a la persona y el orden social; tal ha sido desde su fundación el sentido de la Universidad Católica Argentina, y, en especial, de su Escuela de Derecho.

Cabe aquí recordar un espacio muy importante que en su momento se desarrolló durante las Jornadas sobre la Codificación, y citar una frase de su mentor, el Profesor Carlos Sanz: “(...) difi-

cil cuestión es la que propongo abordar. Se trata nada menos que de aportar un intento de respuesta a los interrogantes básicos del mundo jurídico, luego del desastre producido en la cultura de Occidente por la ‘deconstrucción’ de la posmodernidad, por la violencia, por la existencia de nuevos fenómenos jurídicos a consecuencia de la globalización (...)”<sup>6</sup>.

En el mismo sentido, “cuando hablamos de pensamiento clásico estamos apuntando al modo de entender lo justo y lo injusto a partir de lo que son las propias cosas sociales. Es esta la línea de interpretación que encontramos en la noción de *to dikaiion*, que vemos en el Libro V de la *Ética Nicomaquea*”<sup>7</sup>.

Es necesario, entonces, proponer una lectura del saber jurídico desde una perspectiva que complete a la persona y el orden social.

En suma, se ha querido reflexionar aquí sobre una serie de cuestiones que podrían resumirse brevemente.

En primer lugar, se puede señalar el momento fundacional de la Universidad Católica, que es, por una parte, una respuesta al laicismo imperante en la última década del siglo XX, y la necesidad de darle a la Iglesia un espacio público en la sociedad.

En segundo lugar, el análisis desde el punto de vista de la modernidad ilustrada y la posmodernidad, que se conjugan con el objetivo de o proponer un modelo jurídico ilustrado con un fin determinado que no admite la apertura a otras formas de pensamiento, o sostener sin más que resulta imposible conocer más allá de casos concretos y propone tantas lecturas como sujetos existan.

Hasta aquí una breve síntesis de aquellas cuestiones que no pueden estar al margen de un verdadero Programa de Formación, tratando de que cada uno de los saberes refleje aquello que se encuentra en la esencia misma de la Universidad, comenzando, ahora, por el saber de los juristas y, en trabajos posteriores, avanzar sobre otras formas del pensamiento clásico que mucho tiene que enseñar a este tiempo de la posmodernidad.

6. Sanz, Carlos Raúl, “La respuesta del Derecho Natural clásico a los desafíos del siglo XXI. Sólo se construye del otro lado de la decepción”, en *La Codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?*, T. III, Buenos Aires, Ed. El Derecho, 2005, pp. 21/33. El mismo artículo reproducido en la Revista de la Facultad de Derecho UCA *Prudentia Iuris* Nro. Aniversario 40 años, octubre 2020, pp. 19 y ss.

7. Ídem nota anterior.

En suma, en palabras del Papa Francisco, “(...) en este mundo líquido es necesario hablar nuevamente del corazón, apuntar hacia allí donde cada persona, de toda clase y condición, hace su síntesis. Pero nos movemos en sociedades de consumidores seriales que viven al día y dominados por ritmos y ruidos de la tecnología, sin mucha paciencia para hacer los procesos que la interioridad requiere. En la sociedad actual el ser humano corre el riesgo de perder su centro, el centro de sí mismo”<sup>8</sup>.

Sirva, entonces, este sencillo aporte para ir delineando un mundo universitario que aspira a encontrar el verdadero centro de la persona.

## ÍNDICE

<b>Primera Parte</b> .....	7
<b>Segunda Parte</b> .....	19
1. El proyecto de la modernidad ilustrada y el modelo codificador .....	21
2. Los componentes del modelo. La aparición del sistema. Recuperación de la noción clásica de derecho privado .....	26
A. El método de la exégesis .....	27
B. Los prolegómenos del sistema.....	30
3. La formación del sistema. Sus características .....	40
Noción de sistema .....	40
Características del sistema .....	42
4. El modelo en las partes generales .....	43
5. Las partes generales como aplicación del modelo de la modernidad ilustrada al derecho privado .....	45
<b>Tercera Parte</b> .....	49
Conclusiones .....	49

